

DIOGO QUEIROZ OLIVEIRA

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NAS
PRISÕES CAUTELARES**

Monografia apresentada como requisito
para conclusão do curso de bacharelado
em Direito do Centro Universitário de
Brasília.

Orientador: Marcus Vinícius Reis Bastos

BRASÍLIA

2010

Agradeço a Deus e a Nossa Senhora pela força constante. À minha família, em especial a meus pais, pela atenção, carinho e por me incentivarem a estudar Direito.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto das prisões cautelares tendo como enfoque principal a hipótese do Estado ser responsabilizado no caso de um acusado que responde ao processo preso e ao final é absolvido. Examina a prisão como medida cautelar do processo penal, abordando sua natureza jurídica, seus pressupostos e requisitos, os quais se diferenciam de outras medidas cautelares do processo civil e trabalhista. Expõe-se a evolução histórica do instituto da responsabilidade civil do Estado, abordando a questão atinente a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais. Intenta-se fixar os termos e limites de semelhante responsabilização.

Palavras-chave: Prisão cautelar; responsabilidade civil do Estado, atos jurisdicionais, absolvição; indenização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO	9
1.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE AS MEDIDAS CAUTELARES	9
1.2 AS MEDIDAS CAUTELARES DO PROCESSO PENAL	11
1.3 PRISÃO CAUTELAR: NATUREZA JURÍDICA, PRESSUPOSTO, REQUISITOS E CARACTERÍSTICAS	13
<i>1.3.1. Da natureza jurídica, pressuposto e requisitos específicos</i>	<i>13</i>
<i>1.3.2 Características da prisão provisória.....</i>	<i>16</i>
1.4 ESPÉCIES DE PRISÕES CAUTELARES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	19
<i>1.4.1 Prisão temporária.....</i>	<i>19</i>
<i>1.4.2 Prisão em flagrante.....</i>	<i>22</i>
<i>1.4.3 Prisão preventiva.....</i>	<i>24</i>
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS.....	31
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO	31
<i>2.1.1 Fase da irresponsabilidade</i>	<i>31</i>
<i>2.1.2 Fase civilista</i>	<i>32</i>
<i>2.1.3 Fase publicista.....</i>	<i>33</i>
2.2 BREVE HISTÓRICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO NO DIREITO BRASILEIRO	36
2.3 ATO JURISDICIONAL: NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS	38
2.4 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS.....	40
2.5 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS	43

2.4.1 Soberania do poder judiciário	43
2.4.2 Incontrastabilidade da coisa julgada	44
2.4.3 A falibilidade contingencial dos juízes	47
2.4.4 Independência dos magistrados.....	48
2.4.5 Ausência de texto legal expresso	50
3. PRISÃO CAUTELAR E RESPONSABILIDADE DO ESTADO.....	52
3.1. FUNDAMENTOS LEGAIS AO DIREITO À INDENIZAÇÃO	62
CONCLUSÃO	67

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como objetivo analisar o instituto das prisões cautelares tendo como enfoque principal a hipótese do Estado ser responsabilizado no caso de um acusado que responde ao processo preso e ao final é absolvido.

Segundo os dados estatísticos referentes a dezembro de 2009, publicados pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias (INFOPEN) do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), órgão do Ministério da Justiça, mais de 40% dos presos no Brasil está encarcerado em decorrência de prisão cautelar.

Portanto, observa-se que as prisões cautelares são frequentemente utilizadas em nosso sistema jurídico penal, sendo, também, um dos motivos da alta população carcerária no Brasil que já alcança o número de 473.626 pessoas.

Destarte, deve-se considerar que é uma realidade o fato de que nem todos esses presos provisoriamente serão condenados, por motivos os mais diversos, mormente por sua inocência ser presumida durante todo o processo até que se opere o trânsito em julgado de eventual condenação.

Nesse sentido, o presente trabalho discutirá a hipótese daquele réu que permaneceu custodiado durante toda a instrução processual, muito em razão de que sua condenação era provável, mas que é absolvido. Como dito acima, tal situação não acontece

poucas vezes, tendo em vista o grande número de presos no Brasil que aguardam julgamento e em alguns casos demoram tanto tempo que o resultado acaba sendo pela absolvição.

De sorte que, pelo tempo em que ficou preso aguardando julgamento, cabe a ele ser indenizado pelo Estado? Ou o Estado, tendo agido dentro dos parâmetros legais, não pode ser responsabilizado? A hipótese em questão assemelha-se ao erro judiciário previsto no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988?

Assim, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo apresentado neles as opiniões doutrinárias acompanhadas de julgados dos Tribunais Superiores.

O estudo se iniciará tratando da prisão como medida cautelar do processo penal, abordando sua natureza jurídica, seu pressuposto e requisitos próprios, os quais se diferenciam de outras medidas cautelares do processo civil e trabalhista.

Ainda neste capítulo, serão apresentadas as características das prisões provisórias, e por fim, suas espécies, quais sejam, prisão em flagrante, temporária e preventiva, analisando os aspectos de cada uma delas bem como as interpretações feitas pela doutrina e jurisprudência quanto às possibilidades de se utilizar tais medidas.

Como o presente estudo trata da responsabilidade civil do Estado, no segundo capítulo será exposta a evolução histórica desse instituto que foi desde a fase em que o Estado era irresponsável por seus atos danosos até a fase atual da responsabilidade objetiva.

Será apresentada, também, a discussão sobre a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais e analisados os argumentos prós e contra tal espécie de responsabilidade. Tal debate é de suma importância para o tema principal do trabalho, uma

vez que somente a autoridade judiciária pode determinar a privação de liberdade de um cidadão.

Estabelecidos os parâmetros da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, no terceiro capítulo será analisada a possibilidade do Estado indenizar o indivíduo que responde preso à imputação de um crime que lhe é feita e que ao fim da instrução processual é absolvido. Para tanto o posicionamento de diversos autores serão apresentados, destacando duas correntes que, apesar de admitirem a responsabilidade estatal nas prisões cautelares, se diferem quanto à extensão dessa responsabilidade.

Demais disso, serão transcritos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os quais demonstram a adoção de uma ou outra corrente doutrinária e, por fim, serão expostos os fundamentos legais utilizados por aqueles que defendem a responsabilidade do Estado nas prisões cautelares.

1 PRISÃO CAUTELAR NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1.1 Considerações gerais sobre as medidas cautelares

Antes de adentrar especificamente no estudo das prisões cautelares, cumpre tecer algumas considerações acerca do gênero medidas cautelares, uma vez que a prisão cautelar constitui uma de suas espécies.

A razão de existir das medidas cautelares cinge-se estritamente a um processo principal em curso, que, por sua vez é o instrumento utilizado pelo Estado para exercer sua função típica jurisdicional, a fim de pacificar um conflito de interesses entre dois sujeitos, aplicando-se o direito material ao caso concreto.

Dada a grande quantidade de relações jurídicas existentes na sociedade, é natural que surja inúmeros conflitos de interesses entre os sujeitos, que se não for resolvido pelas próprias partes, a chamada autocomposição, o Estado, por deter o monopólio da jurisdição, será provocado para solucionar o conflito.

Nesse sentido, é inevitável que, na maioria dos casos, haja uma demora para a prestação jurisdicional definitiva, materializada com a prolação da sentença, podendo tal morosidade causar o perecimento do direito em litígio, o que geraria, inegavelmente, prejuízos para as partes, tornando inócua a decisão definitiva, uma vez que o objeto em disputa poderá não existir mais (GOMES FILHO, 1991)

Assim, observa-se a necessidade do uso das medidas cautelares a fim de garantir a efetividade do processo principal, antecipando-se o resultado, que somente seria obtido após todo o debate entre os litigantes, de forma a resguardar o objeto disputado. É, portanto, um instrumento a serviço de outro instrumento, qual seja, o processo, estando, como

já dito, intimamente ligada com este, sem o qual não poderia existir (GOMES FILHO, 1991; MOREIRA, 1996).

Admite-se, portanto, que são dois os pressupostos comuns a toda e qualquer medida cautelar. Primeiro, é preciso que, de acordo com os elementos colhidos no processo, haja a probabilidade de que o autor obtenha o resultado esperado em juízo, ou seja, existe a aparência do direito buscado. Tal pressuposto é conhecido como *fumus boni iuris* ou “fumaça do bom direito”. Por óbvio que, nessa fase, para o êxito da pretensão cautelar, exige-se apenas a probabilidade do direito alegado e não a certeza, a qual somente virá com a prolação da sentença (GOMES FILHO, 1991; MOREIRA, 1996).

O segundo pressuposto, já parcialmente delineado nas linhas acima, refere-se ao perigo que a demora para a prestação jurisdicional definitiva possa causar às partes, ou apenas a uma delas, dada a possibilidade de perecimento do direito em disputa. É o chamado *periculum in mora* ou “perigo na demora”. Aqui, porém, Gomes Filho (1991, p. 55) assevera que não basta uma cognição superficial, “sendo exigível, na maioria dos casos, que a constatação do perigo se faça de forma plena e aprofundada antes da concessão da medida cautelar”.

Nesse sentido, ressalte-se que não se confunde o objeto pretendido pelo processo principal com o pretendido pela medida cautelar. Enquanto aquele busca a solução do conflito, fazendo atuar o direito material, a medida cautelar serve para garantir o eficaz deslinde do processo até que atinja o seu final, com a sentença (MOREIRA, 1996; WEDY, 2006).

Por fim, a necessidade de se ter um provimento cautelar no ordenamento relaciona-se, também, com um direito processual no qual se busca garantir o máximo de diálogo entre as partes da relação jurídica. Todavia, garantir um amplo debate entre os litigantes acaba gerando, “o perigo de que, a final, o estado das coisas tenha sofrido alterações substanciais capazes de tornar absolutamente ineficaz a intervenção estatal para solução do conflito.” (GOMES FILHO, 1991, p. 55).

1.2 As medidas cautelares do processo penal

Diante o exposto no tópico acima, conclui-se que as medidas cautelares são aplicadas independentemente da matéria que se trata no processo, seja ela civil, penal, trabalhista.

No processo penal, tais medidas são utilizadas precipuamente com vistas a assegurar a investigação do fato criminoso, a futura execução da pena e o ressarcimento do dano causado pelo delito (GOMES FILHO, 1991).

Assim, algumas dessas medidas incidem sobre a pessoa do acusado, caso das prisões cautelares (provisórias), outras sobre coisas, como busca e apreensão, arresto, seqüestro e, ainda, cautelas referentes aos meios de prova, exemplo do exame de corpo de delito, depoimentos antecipados, exame do local do crime (BARROS, 1982; FERNANDES, 2007).

Portanto, tendo em vista que no processo penal a medida cautelar pode incidir diretamente na liberdade do indivíduo, ou seja, é uma alternativa extremamente drástica contra a pessoa do acusado, a sua utilização deve se dar com a estrita observância de sua real necessidade para o processo principal (KARAM, 2009).

Logo, é de se atentar que, diferentemente do processo civil, não se pode permitir um poder geral de cautela do magistrado, que consistiria na possibilidade dele impor restrições ao acusado que não estivessem expressamente previstas na lei. Nesse sentido, importa transcrever a lição de Gomes Filho (1991, p. 57, grifo nosso):

[...] tratando-se de limitação da liberdade, é indispensável a expressa permissão legal para tanto, pois o princípio da legalidade dos delitos e das penas não diz respeito apenas ao momento da cominação, mas à ‘legalidade da inteira repressão’, que põe em jogo a liberdade da pessoa desde os momentos iniciais do processo até a execução da pena imposta.

O referido autor ressalta, ainda, que quando da avaliação dos pressupostos da medida cautelar pessoal, deve haver um rigor muito maior tanto no que se refere à probabilidade de uma sentença condenatória (*fumus boni iuris*) quanto ao *periculum in mora* (GOMES FILHO, 1991).

Na mesma esteira de raciocínio, Wedy (2006, p. 74) sustenta a total incompatibilidade de se buscar um paralelismo entre as medidas cautelares do processo civil e penal, uma vez que este lida com o sensível direito de liberdade e, portanto, “[...] a transposição pura e simples de teorias e conceitos próprios do processo civil para o processo penal, pode trazer terríveis consequências.”

Assim, argumenta que confundir os interesses protegidos no processo civil com aqueles protegidos no processo penal configura-se um erro grave, mormente porque no processo civil, em geral, a antecipação indevida pode vir a ser reparada pecuniariamente em momento posterior, e, por outro lado, em se tratando do direito de liberdade, a sua restrição causa prejuízos imensuráveis ao sujeito passivo da prisão (WEDY, 2006).

Ademais, no processo civil, em caso de dúvida quanto à aplicação ou não de uma medida cautelar, o magistrado deve optar pelo deferimento desta, situação diametralmente oposta do âmbito processual penal, onde, havendo dúvida, o julgador deve primar pela manutenção da liberdade do réu, até mesmo em respeito ao princípio da não-culpabilidade (WEDY, 2006).

Finalmente, quanto à medida cautelar de natureza pessoal, ou seja, a prisão cautelar, diferentemente do que ocorre no processo civil, não há ações distintas, uma tratando do processo cautelar e outra do processo principal, havendo, de fato, “medidas ou providências cautelares ínsitas ao processo de conhecimento ou, inclusive, ao de execução.” (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 77). No entanto, Moreira, (1996, p. 63), assevera que o caráter cautelar é o mesmo, “[...] diferindo apenas na técnica a ser adotada, sem ignorar os pressupostos e fins próprios dessas medidas.”

1.3 Prisão cautelar: natureza jurídica, pressuposto, requisitos e características

1.3.1. Da natureza jurídica, pressuposto e requisitos específicos

Após o delineado nas linhas acima, conclui-se que a natureza jurídica da prisão provisória constitui em ser uma medida cautelar de natureza pessoal, haja vista afetar diretamente a liberdade do indivíduo, com a finalidade de garantir a efetividade da prestação jurisdicional.

Por ser uma espécie de medida cautelar específica do processo penal, e por atingir um direito extremamente caro ao ser humano, qual seja, a liberdade, a prisão provisória possui pressuposto e requisitos próprios.

A primeira particularidade quanto ao tratamento da prisão cautelar refere-se aos seus pressupostos. Assim, diferentemente das medidas cautelares em geral, sejam elas de processo civil, penal (com exceção da prisão cautelar), ou trabalhista, que adota como pressupostos o *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora), aqui se aplicam os conceitos de *fumus comissi delicti* e *periculum in libertatis*.¹

O primeiro pressuposto, *fumus comissi delicti*, consiste na prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, ou seja, deve haver elementos os quais indiquem a real probabilidade da existência do delito, em outras palavras, que ele aconteceu, bem como indícios suficientes que indicam a autoria do fato ao réu, ou investigado.

O *periculum in libertatis*, por sua vez, refere-se aos requisitos, fundamentos ou finalidades² da prisão provisória, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal, que serão analisados em momento posterior, os quais demonstram o perigo que o indivíduo causa ao processo principal na hipótese de permanecer em liberdade.

Quanto aos termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e sua inaplicabilidade ao tema da prisão provisória, Delmanto Júnior (2001, p. 83, grifo nosso) aduz que:

Os conceitos de *fumus boni iuris* e de *periculum in mora*, todavia, não se ajustam, com exatidão, ao tratamento das medidas cautelares constritivas da liberdade previstas em nosso processo penal. **A fumaça do bom direito e o perigo da demora do processo, diante das peculiaridades da imposição de qualquer modalidade de prisão provisória, não satisfazem.**

¹ Não obstante, nem todos os autores fazem essa distinção, aplicando-se, também, na prisão cautelar, os termos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

² Alguns autores tratam como requisitos da prisão cautelar, outros como fundamentos ou, ainda, finalidades desta. Nesse trabalho, usarei como sendo requisitos, seguindo a posição de Roberto Delmanto Júnior (2001).

Ao tratar, também, sobre o tema, Wedy (2006) ressalta, novamente, sobre o problema de se utilizar os institutos do processo civil sem adaptá-los às características próprias do processo penal, aplicando-os, pura e simplesmente, sem adequar ao objeto tutelado em cada ramo.

Nesse sentido, acerca do termo *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) questiona: “Como se pode falar em fumaça do bom direito para se decretar a prisão preventiva? Como se pode falar em bom direito para cercear a liberdade individual?” (WEDY, 2006, p. 78)

Ainda, ao dispor sobre o termo *periculum in mora*, expõe as possíveis consequências que a utilização da referida expressão no processo penal pode trazer ao réu (WEDY, 2006, p. 83, grifo nosso):

A referida concepção sobre *periculum in mora* é mais consentânea com o processo civil, pois **pode gerar relevantes problemas no processo penal, como a aceleração e antecipação do procedimento final ou, no caso, a produção e aplicação de penas antecipadas.**

Igualmente, Lopes Júnior (1998) critica a equívoca analogia que se faz aplicando-se, de forma automática, os institutos do processo civil, ressaltando que é indispensável buscar categorias jurídicas próprias para o processo penal.

Assim, ao discorrer sobre a utilização do termo *fumus boni iuris* na prisão cautelar, sustenta a sua impropriedade, tendo em vista que no processo penal não se discute a probabilidade de existência do direito de acusação, sendo que, “o objeto do processo nesse

momento não é um direito, mas um delito” (LOPES JÚNIOR, 1998, p. 452). E, finaliza concluindo que:

[...] o correto é afirmar que o requisito para decretação de uma medida cautelar em matéria penal é a existência de **fumus delicti, ou seja, a probabilidade da ocorrência de um delito e nunca de um direito.**

Quanto ao *periculum in mora*, o referido autor expõe que a confusão terminológica resulta da “[...] equivocada valoração do perigo decorrente da demora no sistema cautelar penal.” (LOPES JÚNIOR, 1998, p. 452). De fato, o que há é um perigo de fuga do sujeito passivo, e, por conseguinte, um risco aos fins e ao desenvolvimento normal do processo, seja pela ausência do réu ou por estar influenciando negativamente na produção de provas (ameaça a testemunhas, destruição dos vestígios, etc.).

1.3.2 Características³ da prisão provisória

A prisão provisória possui características comuns às demais medidas cautelares bem como as que são restritas ao seu instituto.

Primeiramente, trata-se de uma medida judicial, o que caracteriza sua jurisdicionalidade, uma vez que só pode ser decretada pela autoridade judicial competente, mesmo no caso de prisão em flagrante, porquanto, a prisão, nessa hipótese, deve ser imediatamente posta sob análise do magistrado a fim de decidir sobre a manutenção ou não do indivíduo no cárcere (DELMANTO JÚNIOR, 2001; WEDY, 2006).

³ Parte da doutrina utiliza o termo “elementos” ou, ainda, “princípios” da prisão provisória.

Nesse ponto, observa-se a estreita relação que há com os princípios da legalidade e do devido processo legal, tendo em vista que as hipóteses de prisão são, unicamente, aquelas previstas na legislação, sendo que as mesmas só podem ser decretadas ou homologadas pelo juiz em processo que esteja assegurado ao acusado o contraditório e a ampla defesa (WEDY, 2006).

Outro aspecto refere-se à instrumentalidade da prisão provisória, o qual já foi delineado linhas acima. Cuida-se, na verdade, de característica típica das medidas cautelares de garantir a integridade e o normal deslinde do processo principal, além de eficácia da sentença proferida. Portanto, serve como um instrumento a serviço de outro instrumento, qual seja, o processo, onde o Estado exerce sua função jurisdicional aplicando-se o direito material ao caso concreto (GOMES FILHO, 2001; WEDY, 2006).

São medidas caracterizadas, também, pela provisionalidade, ou seja, devem ser utilizadas somente enquanto subsistir a situação cautelanda, que consiste na efetiva presença do pressuposto *fumus comissi delicti* e do requisito *periculum in libertatis*, necessários para a segregação cautelar. Tal característica está consagrada no artigo 316 do Código de Processo Penal, cuja redação expõe com clareza esse aspecto (BRASIL, 1941, grifo nosso):

Art. 316: O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.

Trata-se, na realidade, do caráter temporário e precário que se reveste a prisão provisória, devendo durar enquanto não surgir fato novo que justifique a sua

revogação, ressaltando-se que os motivos que ensejam sua utilização devem ter sempre estrita relação com o processo principal.

Wedy (2006) destaca a diferença entre provisoriedade e provisionalidade, expondo que aquela se refere ao prazo de duração da medida estabelecido pela lei, ou seja, um limite temporal da prisão cautelar.

No entanto, a hipótese de prazos máximos para duração de uma prisão provisória, diferentemente do que ocorre em diversos outros países⁴, não é prevista na legislação brasileira, salvo em se tratando de prisão temporária, bem como não há norma que estabeleça a obrigatoriedade de revisão periódica pelo magistrado dos motivos da segregação e, assim, decida sobre a necessidade de sua manutenção. Lopes Júnior (1998, p. 462), ao dispor sobre essa possibilidade em Portugal sustenta que “esse é um exemplo que deveria ser seguido no Brasil, para evitar a triste realidade daqueles juízes que simplesmente ‘esquecem’ do réu preso”.

Todavia, não obstante a ausência de comando legal, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no seguinte sentido (STF/ HC 98233/PB, grifo nosso):

EMENTA (parcial): “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA A CO-RÉUS. ISONOMIA. QUESTÃO NÃO POSTA A EXAME DO TRIBUNAL A QUO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DA PRISÃO CAUTELAR. REAVALIAÇÃO PERIÓDICA. CUMPRIMENTO ANTECIPADO DA PENA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1 – 2 [...].

3. Os fundamentos da prisão cautelar, considerada a excepcionalidade dessa medida, devem ser reavaliados a qualquer tempo, a fim de evitar-se o cumprimento da pena sem sentença transitada em julgado, em evidente afronta ao artigo 5º, inciso LVII da Constituição do Brasil. A prisão cautelar,

⁴ Aury Lopes Júnior (1998) expõe os limites de duração de uma prisão cautelar nas legislações da Espanha, Alemanha, Itália e Portugal.

no caso decretada por conveniência da instrução criminal, deixou de ser necessária face ao avançado estágio do processo, além de o paciente ter confessado a autoria do crime que lhe foi imputado. Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, deferido.

Por fim, uma característica específica da prisão cautelar é a sua excepcionalidade, devendo ser utilizada somente em *ultima ratio*, ou seja, quando ficar demonstrado que a aplicação de qualquer outra medida cautelar não servirá para cumprir o fim de garantir o normal deslinde do processo principal (VILELA, 2000).

O seu uso deve se mostrar absolutamente necessário, com a presença inequívoca do *fumus commissi delicti* e do *periculum in libertatis*, porquanto, como já exposto anteriormente, no processo penal, em caso de dúvida do julgador sobre a aplicação ou não de uma medida cautelar, deve ele primar pela manutenção da liberdade do indivíduo, por ser esta a regra antes do trânsito em julgado de uma condenação (VILELA, 2000; WEDY 2006).

Sobre o tema, bastante exemplificativa é a comparação feita por Carnellutti (1950 apud LOPES JÚNIOR, 1998, p. 463):

A prisão preventiva do imputado se assemelha a uma daquelas medicinas heróicas que devem ser propinadas pelo médico com suma prudência, porque podem curar o enfermo, mas também podem ocasionar-lhe uma mal mais grave; quiçá uma comparação eficaz se possa fazer com a anestesia e sobretudo com a anestesia geral, a qual é um meio indispensável para o cirurgião, mas, ah, se este abusa dela!

1.4 Espécies de prisões cautelares no processo penal brasileiro

1.4.1 Prisão temporária

Única das espécies de prisão provisória que não está prevista no Código de Processo Penal, a prisão temporária foi instituída pela Lei nº 7.960/89 e reservada apenas para os crimes de maior gravidade.

Longe de estar imune a severas críticas por parte dos autores que questionam a sua constitucionalidade, a prisão temporária somente pode ser decretada durante as investigações policiais. Portanto, a sua cautelaridade refere-se à garantia do normal desenvolvimento do inquérito policial, a fim de garantir, no futuro, a eficaz aplicação do direito de punir.

Os pressupostos e requisitos dessa modalidade de prisão estão previstos nos três incisos do artigo 1º da referida lei, que dispõe:

Art. 1º: Caberá prisão temporária:

I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial;

II – quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade;

III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso; b) seqüestro ou cárcere privado; c) roubo; d) extorsão; e) extorsão mediante seqüestro; f) estupro; g) atentado violento ao pudor; h) rapto violento; i) epidemia com resultado morte; j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte; l) quadrilha ou bando; m) genocídio; n) tráfico de drogas; o) crimes contra o sistema financeiro.

Quanto à presença desses requisitos para a decretação da prisão temporária, a maioria da doutrina defende que é necessário sempre estar presente o disposto no inciso III, o qual consiste no *fumus comissi delicti*, pois exige fundadas razões de autoria ou participação do indiciado nos crimes elencados. Trata-se, portanto, do pressuposto da prisão temporária (DELMANTO JÚNIOR, 2001; FERNANDES, 2007).

Associado com o inciso III, deve estar presente a situação do inciso I ou do II, os quais traduzem-se no *periculum in libertatis*, uma vez que ao disporem sobre a imprescindibilidade para as investigações e do indiciado não ter residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade, referem-se ao risco que a

liberdade do indiciado traz para a efetividade das investigações (DELMANTO JÚNIOR, 2001; FERNANDES, 2007; WEDY, 2006).

Greco Filho (1991 apud DELMANTO JÚNIOR, 2001) vai além e sustenta ser necessária para a decretação de uma prisão temporária a combinação dos incisos do artigo 1º entre si, e também com as hipóteses da prisão preventiva, previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, pois entende que aquela não seria decretada se manifestamente estiver demonstrado que a preventiva não seria utilizada.

Como já dito, a prisão temporária só pode ser utilizada na fase do inquérito policial, devendo ser decretada pelo magistrado, mediante representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias, podendo ser prorrogado por igual período em caso de necessidade (artigo 2º da Lei nº 7.960/89).

A crítica de boa parte da doutrina reside no fato de que a prisão temporária consiste em verdadeira prisão para averiguações “destinada a facilitar a colheita da prova contra o indiciado, em detrimento das garantias individuais” (VARGAS, 2002 apud WEDY, 2006, p. 135).

Ademais, apontam alguns autores vício de inconstitucionalidade formal da lei instituidora, haja vista que esta originou-se de uma medida provisória baixada pelo Presidente da República (DELMANTO JÚNIOR, 2001; MOREIRA, 1996; WEDY, 2006).

Não obstante as severas críticas feitas pela doutrina à prisão temporária, os Tribunais admitem pacificamente sua utilização, desde que presentes seu pressuposto e requisitos, conforme se extrai do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ/HC 42.942/MG):

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIMES DE FURTO, RECEPÇÃO E QUADRILHA. PRISÃO TEMPORÁRIA SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADA. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZATIVOS EXPRESSOS NA LEI N.º 7.960/89. PACIENTE FORAGIDO. PRECEDENTES DO STJ.

1. O decreto de prisão temporária foi satisfatoriamente motivado pelo juízo processante, ao atender o requerimento policial, pois consignou fatos concretos que revelam a imprescindibilidade da prisão do paciente, a teor do disposto art. 1.º, incisos I e III, alíneas "I", da Lei n.º 7.960/89.
2. A invocação, também, de fundamentos próprios da prisão preventiva, no decreto de prisão temporária, não macula a decisão judicial, ao contrário, apenas a reforça, mormente se o paciente se encontra foragido do distrito da culpa.
3. Precedentes do STJ.
4. Ordem denegada.

1.4.2 Prisão em flagrante

A prisão em flagrante é a única hipótese admitida pelo legislador que não necessita de decisão judicial⁵. O flagrante delito consiste na ardência do crime, o que está “em chamas”, ou seja, algo que acabou de acontecer, que ainda está “queimando” (DELMANTO JÚNIOR, 2001; FERNANDES, 2007; WEDY, 2006).

Logo, para configurar uma hipótese flagrancial, são necessários dois elementos, quais sejam a atualidade e a visibilidade do delito⁶ (BARROS, 1982).

Para um indivíduo ser surpreendido em hipótese de flagrante, sua conduta deve estar em uma das situações do artigo 302 do Código de Processo Penal, o qual dispõe (BRASIL, 1941):

Art. 302: Considera-se em flagrante delito quem:

- I – está cometendo a infração penal;
- II – acaba de cometê-la;

⁵ **Art. 5º, inciso LXI, da CF/88** – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

⁶ Alguns autores, no entanto, sustentam apenas a visibilidade como elemento do flagrante entre eles Delmanto Júnior (2001) e Wedy (2006).

- III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;
- IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Segundo o disposto no artigo 304 do Código de Processo Penal, preso um indivíduo em flagrante delito, ele será levado à autoridade competente que colherá os depoimentos do condutor e das testemunhas, interrogará o acusado e, ao final, lavrará o auto de prisão em flagrante. A partir do quanto colhido, a autoridade policial concluindo que das respostas houver aparência da prática de crime pelo conduzido recolhê-lo-á a prisão.

Nesse sentido, Fernandes (2007) aduz que na prisão em flagrante, o legislador conferiu um poder anômalo à autoridade policial de verificar num primeiro momento a presença do *fumus comissi delicti*.

Por outro lado, quanto à aferição do *periculum in libertatis*, tal tarefa não compete à autoridade policial, mas sim ao magistrado, que deverá ser imediatamente comunicado sobre a prisão em flagrante⁷.

Assim, recebendo o auto de prisão em flagrante, via de regra no prazo de 24 (vinte e quatro) horas⁸, o juiz fará o controle judicial da prisão em flagrante, se revestida de legalidade ou não, e, em sendo positiva a resposta homologará o auto de prisão ou relaxará o flagrante.

⁷ **Art. 5º, inciso LXII, da CF/88 e Art. 306 do CPP:** A prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados, imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou a pessoa por ele indicada.

⁸ **Art. 306, § 1º, do CPP:** Dentro em 24h (vinte e quatro horas) depois da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.

Homologado o auto de prisão, o magistrado deverá agir conforme o disposto no parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, ou seja, analisará se há prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria, o *fumus comissi delicti*, e, por fim, o *periculum in libertatis*, consistente na existência dos requisitos da prisão preventiva, previstos no artigo 312 do Código de Processo Penal.

Portanto, ao analisar o procedimento que deve ser seguido no caso de prisão em flagrante, conclui-se pela sua natureza cautelar, porquanto, após a prisão busca-se a presença do pressuposto *fumus comissi delicti* e do requisito *periculum in libertatis*.

Por fim, ressalte-se que parte da doutrina entende que a prisão em flagrante tem, na verdade, um caráter pré-cautelar, nesse sentido podendo “[...] ser entendida como o instrumento do instrumento (prisão cautelar) do instrumento (processo), com uma instrumentalidade ‘sub-potencializada’[...]” (WEDY, 2006, p. 126), dada a sua precariedade haja vista que deve ser imediatamente remetida ao magistrado.

Entende, portanto, essa parcela da doutrina, que o caráter cautelar da prisão em flagrante consubstancia-se apenas no momento em que o juiz age conforme o parágrafo único do artigo 310, do Código de Processo Penal, examinando a presença, ou não, do *fumus comissi delicti* e do *periculum in libertatis*.

1.4.3 Prisão preventiva

A última espécie de prisão cautelar prevista no direito processual penal brasileiro, a prisão preventiva é considerada a principal modalidade de prisão provisória, ou, ainda, “a prisão cautelar por excelência” (WEDY, 2006, p. 135).

Esta consideração decorre da ideia de que o fundamento de todas as prisões cautelares no Brasil, com exceção da prisão temporária, está nos requisitos da prisão preventiva (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Tal importância passou a ser amplamente reconhecida, principalmente com o advento da Lei nº 11.689/08, que extinguiu a prisão decorrente de pronúncia, e com a Lei nº 11.719/08, que revogou o artigo 594 do Código de Processo Penal, o qual dispunha sobre a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível.

Antes da alteração legislativa, essas duas hipóteses de prisão eram efeito automático da sentença, não necessitando o julgador motivar o encarceramento antecipado do réu. Agora, o magistrado, ao prolatar a sentença, deve fundamentar com base nos requisitos da prisão preventiva, porque mantêm o acusado preso, caso tenha respondido ao processo nessa situação, ou porque decreta sua prisão preventiva, no caso de acusado solto.

Portanto, além da hipótese de prisão em flagrante, em que o indivíduo responde ao processo preso somente se estiver presente um dos requisitos da prisão preventiva, somam-se as duas hipóteses citadas no parágrafo acima, e, por óbvio, a prisão preventiva propriamente dita.

Essa modalidade de prisão pode ser decretada a qualquer momento, seja na fase inquisitorial ou na judicial, mediante requerimento do Ministério Público ou querelante, requisição da autoridade policial, e, até mesmo de ofício pelo juiz.

Seus pressupostos e requisitos estão todos disciplinados no artigo 312 do Código de Processo Penal, cuja redação é a seguinte (BRASIL, 1941):

Art. 312: A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

Como já dito em outras passagens desse trabalho, o *fumus comissi delicti* consiste no pressuposto para a decretação de uma prisão cautelar. Na prisão preventiva o que traduz tal pressuposto é a parte final da redação do artigo 312: prova da existência do crime e indício suficiente de autoria (DELMANTO JÚNIOR, 2001; FERNANDES, 2007).

A prova da existência do crime relaciona-se com a prova do crime em seu sentido material, o que afasta por completo a decretação de uma prisão preventiva a partir de mera suspeita ou indícios de que ocorreu um crime. Na maioria dos casos, a prova da existência do crime é demonstrada mediante o laudo de exame de corpo de delito (DELMANTO JÚNIOR, 2001; MOREIRA 1996).

Quanto ao indício suficiente de autoria, tal pressuposto indica que no momento da decretação não é preciso que haja certeza sobre a autoria do fato criminoso, uma vez que esta é necessária somente na prolação da sentença condenatória. No entanto, ressalte-se que os indícios devem ser sérios, apontando alguma probabilidade da autoria do delito ao indivíduo (DELMANTO JÚNIOR, 2001; KARAM, 2009; MOREIRA, 1996).

Por sua vez, o requisito da prisão preventiva é o *periculum in libertatis*, o qual está previsto nas quatro hipóteses autorizadoras dessa prisão provisória que são: garantia da ordem pública, garantia da ordem econômica, conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal.

Tendo em vista os efeitos que os requisitos da prisão preventiva exercem sobre o tema da responsabilidade civil do Estado nas prisões cautelares indevidas, cumpre analisá-los um por um separadamente.

1.4.3.1 Conveniência da instrução criminal

Esta hipótese autorizadora para a decretação de uma prisão preventiva é, segundo Wedy (2006, p. 153), “[...] a que guarda maior relação com a instrumentalidade e a cautelaridade que devem nortear as prisões provisórias.”

Tal ideia se dá porquanto é a situação em que se busca uma instrução processual sem vícios, com provas idôneas legalmente carreadas aos autos. Assim, a prisão preventiva decretada com fundamento na conveniência da instrução criminal ocorre comumente quando o indiciado, ou acusado, tentou alterar a cena do crime destruindo provas, ou, ainda, quando há informação de que está ameaçando as testemunhas.

Ressalte-se, portanto, que a prisão por conveniência da instrução criminal só se justifica até a coleta do material probatório, ou seja, estando os autos conclusos ao magistrado para sentença e não havendo mais provas para produzir, a prisão cautelar baseada nessa hipótese não terá mais cabimento (DELMANTO JÚNIOR, 2001; KARAM, 2009; WEDY, 2006).

Nesse sentido, é o seguinte julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal (STF/HC 98233/PB, grifo nosso):

EMENTA (parcial): “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. LIBERDADE PROVISÓRIA CONCEDIDA A CO-RÉUS. ISONOMIA. QUESTÃO NÃO POSTA A EXAME DO TRIBUNAL A QUO. EXCESSO DE PRAZO. OCORRÊNCIA. FUNDAMENTOS DA PRISÃO CAUTELAR. REAVALIAÇÃO PERIÓDICA. CUMPRIMENTO

ANTECIPADO DA PENA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ARTIGO 5º, INCISO LVII DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1 – 2 [...].

3 [...] **A prisão cautelar, no caso decretada por conveniência da instrução criminal, deixou de ser necessária face ao avançado estágio do processo, além de o paciente ter confessado a autoria do crime que lhe foi imputado.** Habeas corpus conhecido em parte e, nessa extensão, deferido.”

1.4.3.2 Assegurar a aplicação da lei penal

A prisão preventiva para assegurar a aplicação da lei penal se dá quando o réu perpetra fuga durante a fase instrutória, indicando sua intenção de furtar-se a uma possível execução da lei penal, ou quando está planejando fugir.

No entanto, a decretação da prisão não pode ocorrer por mera presunção de fuga, sem apontar um fato claro, concreto, o qual evidencie que o acusado fugiu ou tentou fugir. Não é possível decretar a prisão cautelar com base nessa hipótese, presumindo simplesmente que o indivíduo, por estar respondendo a um processo criminal irá fugir. Demais disso, no caso do réu possuir endereço fixo e estiver comparecendo aos atos do processo, não se afigura legítimo decretar sua prisão com fundamento na aplicação da lei penal (KARAM, 2009; WEDY, 2006).

Nesse sentido, é a posição do Supremo Tribunal Federal (STF/HC 95464/SP, grifo nosso)

EMENTA (parcial): "HABEAS CORPUS" - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (CF, ART. 1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO. O

EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. – [...] **PRISÃO CAUTELAR E POSSIBILIDADE DE EVASÃO DO DISTRITO DA CULPA.** - A mera possibilidade de evasão do distrito da culpa - seja para evitar a configuração do estado de flagrância, seja, ainda, para questionar a legalidade e/ou a validade da própria decisão de custódia cautelar - não basta, só por si, para justificar a decretação ou a manutenção da medida excepcional de privação cautelar da liberdade individual do indiciado ou do réu. - A prisão cautelar - qualquer que seja a modalidade que ostente no ordenamento positivo brasileiro (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão motivada por condenação penal recorrível) -**somente se legitima, se se comprovar, com apoio em base empírica idônea,** a real necessidade da adoção, pelo Estado, dessa extraordinária medida de constrição do "status libertatis" do indiciado ou do réu. Precedentes.

1.4.3.3 Garantia da ordem pública e garantia da ordem econômica

A prisão para a garantia da ordem pública consiste na hipótese mais utilizada pelo Judiciário e, também pela generalidade e imprecisão do que vem a ser “garantir a ordem pública”, é o requisito que mais enseja debates e críticas.

Deixando de lado a análise pormenorizada de cada uma das diversas interpretações feitas pelos Tribunais do que vem a ser o termo “garantia da ordem pública”, uma vez que tal análise, por si só, demandaria um capítulo específico, cumpre, apenas, expor que se decreta uma prisão preventiva com fundamento nesse requisito nos seguintes casos: para evitar que o réu volte a delinquir; para assegurar a credibilidade da justiça frente a um crime hediondo; pela intranquilidade na comunidade e o clamor social que um crime grave causa; pela periculosidade do réu evidenciada no modo de execução do delito.

Assim, de uma simples análise é certo que a prisão para a garantia da ordem pública é a que menos possui o caráter cautelar, ou seja, a que mais se afasta do objetivo de

assegurar o normal deslinde do processo criminal, possuindo, na realidade, uma autonomia em relação ao processo.

Nesse sentido, boa parte dos autores atribui um caráter de verdadeira medida de segurança, que ao se relacionar com juízo de valoração sobre a pessoa do acusado assume uma finalidade puramente ético-retributiva, uma função de prevenção especial baseada na presunção de culpabilidade do indivíduo (VILELA, 2000). Concluem, portanto, que a prisão preventiva com fundamento na ideia de garantia da ordem pública constitui em ilegítima antecipação de pena (DELMANTO JÚNIOR, 2001; FERNANDES, 2007; KARAM, 2009; VILELA, 2000; WEDY, 2006).

Quanto à hipótese de garantia da ordem econômica, este fundamento será utilizado quando for o caso de crimes contra o sistema financeiro. Também, não está imune às mesmas críticas que se faz à hipótese de garantia da ordem pública, ou seja, que constituem meio de prevenção especial e, portanto, em pena antecipada, “[...] uma vez que uma medida cautelar jamais pode ter como finalidade a punição e a ressocialização do acusado para que não mais infrinja a lei penal [...]” (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 192), fim este exclusivo da sanção criminal.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR ATOS JURISDICIONAIS

2.1 Evolução histórica da responsabilidade civil do Estado

O instituto da responsabilidade do Estado em decorrência de seus atos danosos passou por uma evolução na qual se observa a existência de três fases distintas, cada qual com parâmetros bem definidos, de modo que em cada uma dessas fases predominou uma teoria sobre o instituto.

2.1.1 Fase da irresponsabilidade

A teoria da irresponsabilidade, também denominada feudal, regalista ou regaliana (CRETELLA JÚNIOR, 1998), foi a primeira a ser aplicada ao tema e sua origem remonta aos Estados absolutistas. Dita teoria repousava, fundamentalmente, na ideia de soberania, negando, em qualquer hipótese, a igualdade do Poder Público com o súdito, tornando-se, assim, impossível a responsabilidade estatal em decorrência de algum ato danoso contra o particular (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002)

Também, segundo esta teoria, o Estado, ao agir no pleno exercício de sua soberania, era insuscetível de cometer erros e prejudicar os particulares, sendo que os atos contrários ao direito eram atribuídos exclusivamente ao funcionário público que o praticou. Nessa hipótese, não se concebia a ideia de que os funcionários agiam em nome do Estado, haja vista que seu único representante era o Chefe de Governo.

Portanto, ocorrido um evento danoso causado por um funcionário público, à vítima caberia buscar a reparação diretamente contra àquele, o qual responderia pessoalmente,

afastando o ente estatal de qualquer dever indenizatório (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

2.1.2 Fase civilista

As teorias civilistas da responsabilidade do Estado ganharam força no século XIX, a partir do surgimento dos Estados liberais e com as legislações civis modernas, passando a adotar-se fundamentos e conceitos da culpa aplicados no direito civil.

Num primeiro momento da fase civilística, distinguiram-se os atos estatais em duas espécies, quais sejam os atos de gestão e de império. Estes seriam aqueles atos em que o ente estatal agia no exercício de seu poder soberano, logo, com todas as prerrogativas e privilégios de autoridade, sendo insuscetível de responder por qualquer dano deles decorrentes (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Por outro lado, nos atos de gestão, o Poder Público os praticava em situação de igualdade com os particulares, de modo que se enquadrava nessa espécie os atos destinados à conservação e desenvolvimento do patrimônio público bem como aqueles necessários à gestão de seus serviços. Nesses casos, o Estado submetia-se ao direito comum, uma vez que causando algum dano ao indivíduo, era obrigado a reparar. Para tanto, a vítima tinha que demonstrar a culpa do funcionário, ou seja, que este agiu com imprudência, negligência ou imperícia, tal qual nos moldes civis (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Destarte, assumia-se uma dupla personalidade do Poder Público, sendo o Estado considerado, ao mesmo tempo, pessoa civil e pessoa política ou soberana, variando-se

sua natureza jurídica conforme o ato que praticasse (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DIAS, 2004; LEITE, 2002).

Numa segunda etapa da fase civilista, surgida a partir da edição do Código Civil francês, adotou-se a teoria da culpa, na qual se estabelecia que o particular lesado devesse ter seu dano reparado, caso demonstrasse que o funcionário público agira com culpa, sendo, ainda, prescindível examinar a natureza do ato (se de gestão ou de império).

Esta teoria baseava-se na ideia de culpa do Estado na escolha da pessoa do funcionário, a chamada *culpa in eligendo*, ou ainda, no seu dever de vigilância sobre a atividade do funcionário nomeado, a *culpa in vigilando* (ZANOBINI, 1950 apud CRETELLA JÚNIOR, 1998).

Entendia-se, também, que a relação entre o ente estatal e o funcionário público era semelhante à relação entre patrão e empregado ou, ainda, preponente e preposto, justificando-se, desse modo, o dever de indenizar do Estado, em face da responsabilidade por fato de terceiro (LEITE, 2002).

2.1.3 Fase publicista

As teorias publicistas tiveram como gênese a jurisprudência francesa⁹, sobretudo com o famoso caso Blanco, ocorrido em 1873, quando se decidiu, em síntese, que a responsabilidade do Estado não poderia reger-se pelos princípios próprios do Direito Civil, uma vez que possui características especiais que a diferem, substancialmente, da responsabilidade advinda da relação jurídica entre dois particulares (DI PIETRO, 2001).

⁹ Cretella Júnior (1998) expõe, minuciosamente, os diversos casos julgados na França que serviram de base às teorias publicistas.

A partir daí, desenvolveram-se teorias afetas ao Direito Público, com princípios e conceitos próprios deste, estabelecendo a autonomia da responsabilidade administrativa e implicando o Direito Administrativo como ramo autônomo do Direito Civil (ZANOBINI, 1952 apud HENTZ, 1996).

Inicialmente, adotou-se a teoria da culpa do serviço, também chamada de culpa administrativa, desenvolvida pela doutrina francesa e cujas raízes repousavam na ideia da falta do serviço (*faute du service*), apresentada sob três modalidades diferentes que eram: a hipótese do serviço que, devendo funcionar, não funciona (*culpa in omittendo*), funciona mal (*culpa in comittendo*) ou funciona atrasado (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Esta teoria teve a particularidade de ser a primeira a separar a responsabilidade do Estado da culpa do funcionário público, ou seja, estabeleceu uma concepção autônoma da culpa pelo serviço público.

Assim, a responsabilidade por culpa do serviço público é uma responsabilidade primária, vale dizer, o particular lesado pode acionar diretamente o Estado em razão da ideia da culpa anônima que, como já dito, independe da culpa do agente público (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Todavia, a teoria da culpa administrativa ainda não se insere na responsabilidade objetiva do Estado, inobstante ser uma transição para esta (LEITE, 2002), porquanto, prevê como necessário o elemento subjetivo culpa para ensejar a responsabilidade.

No entanto, sem abandonar esta última, a jurisprudência francesa passou a adotar, em alguns casos, a teoria do risco, a qual possui como principal fundamento o princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais, ou ainda, princípio da solidariedade, e repousa na ideia de repartição, entre todos os indivíduos, dos ônus sofridos por apenas um particular, ou um grupo de pessoas, a fim de restabelecer o equilíbrio necessário entre os cidadãos. (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Di Pietro (2001) sintetiza a ideia expondo que como os benefícios são repartidos entre todos, os prejuízos sofridos por alguns particulares também devem ser repartidos. Sendo assim, o Estado deve indenizar o lesado com os recursos do próprio erário público.

Segundo Cretella Júnior (1998), nesses casos o Estado assemelha-se a uma empresa de seguro, na qual os segurados seriam os contribuintes e que ao pagarem os tributos, contribuem para a formação de um patrimônio comum.

A principal inovação da teoria do risco consiste na prescindibilidade dos elementos subjetivos culpa e dolo, seja a do Estado ou a do funcionário, para apreciar a responsabilidade estatal. Esta ideia se dá com base no fundamento de que a atuação estatal, por si só, envolve um risco de dano aos particulares, que lhe é inerente (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Nesse sentido, a responsabilidade do Estado passa a ser apreciada de modo objetivo, onde o elemento nexa causal substitui o elemento subjetivo culpa. Assim, ao lesado cabe apenas demonstrar o elo entre o funcionamento do serviço público e os danos sofridos,

sendo “indiferente que o serviço público tenha funcionado bem ou mal, de forma regular ou irregular.” (DI PIETRO, 2001, p. 527).

A teoria da responsabilidade objetiva desenvolveu-se nas modalidades do risco integral e risco administrativo. Ambas pressupõem a ideia de que a administração pública assume o risco de causar danos aos administrados quando da prestação dos serviços públicos. Contudo, a primeira estabelece que o Estado assuma integralmente os danos que causar ao particular, independente de eventual parcela de culpa por parte da vítima. Por outro lado, a modalidade do risco administrativo, admite algumas causas excludentes da responsabilidade do Estado, como a culpa da vítima, a culpa de terceiros ou, ainda, a força maior (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

2.2 Breve histórico da responsabilidade civil do Estado no direito brasileiro

A Teoria da Responsabilidade do Estado sempre foi aceita no Brasil, não obstante a ausência de dispositivo expresso nas Constituições de 1824 e 1891 (BRASIL, 1824, 1891).

A primeira previsão sobre o instituto deu-se no Código Civil de 1916 (BRASIL, 1916), que em seu artigo 15¹⁰, passou a admitir a teoria subjetiva da culpa como fundamento da responsabilidade estatal (DERGINT, 1994).

As Constituições de 1934 e 1937 (BRASIL, 1934, 1937) trouxeram expressamente a responsabilidade do Estado com base no princípio da solidariedade entre o ente estatal e o funcionário público, formando, em matéria processual, um litisconsórcio

¹⁰ **Art. 15 do Código Civil de 1916.** “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes, que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra o causador do dano.”

passivo necessário, e mantendo a tese da responsabilidade subjetiva, ou seja, o Estado somente seria responsável caso restasse comprovado que o agente público agira com culpa.

Nesse momento, a responsabilidade estatal ainda estava delimitada por elementos do direito privado, baseada, portanto, na ideia da culpa civil.

A partir da Constituição 1946 (BRASIL, 1946), a teoria da responsabilidade objetiva passou a ser adotada no ordenamento jurídico brasileiro, tendo, inclusive, segundo alguns autores, revogado parte do artigo 15 do Código Civil de 1916 (DERGINT, 1994; MOREIRA, 1996).

Tal orientação seguiu-se nas Constituições de 1967, 1969 (BRASIL, 1967, 1969), bem como na atual, que em seu artigo 37, § 6º, dispõe o seguinte (BRASIL, 1988):

Art. 37, § 6º: As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Nos mesmos moldes, é a redação do artigo 43, do atual Código Civil (BRASIL, 2002):

Art. 43: As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos de seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por partes destes, culpa ou dolo.

Em relação a qual modalidade de responsabilidade objetiva é adotada no Brasil, a doutrina e jurisprudência pátrias inclinam-se em admitir a teoria do risco administrativo, podendo o Estado excluir ou atenuar a indenização, caso demonstre ter havido culpa da vítima, em contraposição à modalidade do risco integral, onde o comportamento do

lesado não tem o condão de afastar a responsabilidade do ente estatal (HENTZ, 1996; RIZZARDO, 2008).

Por fim, se deduz da redação do artigo 37, § 6º, da CF/88 (BRASIL, 1988) e do artigo 43, do Código Civil de 2002 (BRASIL, 2002), que para o Estado exercer o direito de ação de regresso contra o agente público, deverá demonstrar a culpa por parte deste, sendo, portanto, hipótese de responsabilidade subjetiva.

Destarte, vê-se que existe uma conjugação dos dois modos de responsabilidade: a objetiva, entre o Estado e o particular, e a subjetiva, aplicada entre o ente estatal e o agente público que tenha agido com dolo ou culpa (RIZZARDO, 2008).

2.3 Ato jurisdicional: natureza jurídica e características

No Brasil, é cediço que, em decorrência da adoção da clássica teoria da tripartição dos poderes, ao Poder Judiciário lhe compete precipuamente o exercício da função jurisdicional (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Todavia, tanto o Judiciário como os demais poderes – Executivo e Legislativo – também exercem outras funções atípicas, ou seja, que originariamente estariam fora de suas atribuições. O exercício de tais funções demonstra que os poderes estatais não estão completamente separados, havendo, por outro lado, uma harmonia entre eles consubstanciada num controle recíproco (LEITE, 2002).

Nesse sentido, o exercício da função judicial não se restringe à atividade principal do magistrado de aplicar, contenciosamente, a lei ao caso concreto que lhe é trazido

para solucionar, uma vez que há vários outros atos praticados diversos da atividade de julgar (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994).

Destarte, segundo Cretella Júnior (1998), a função judicial é o gênero, sendo a função jurisdicional e a atividade administrativa do juiz suas espécies.

Quanto aos atos de natureza administrativa, estão inseridos aqueles concernentes ao autogoverno do Poder Judiciário, como a contratação de um serviço, e à jurisdição voluntária, caso de nomeação ou destituição de tutores e curadores pelo Juiz (CRETELLA JÚNIOR, 1998).

Nessa espécie é incontroversa a responsabilidade do Estado em indenizar o particular lesado, uma vez que o magistrado atua como se fosse um agente administrativo (DERGINT, 1994).

Por outro lado, a função jurisdicional se dá por meio de atos jurisdicionais, os quais são aqueles praticados pelo magistrado obedecendo a trâmites ou formas específicos na condução de um processo ou ainda no encerramento deste. Ademais, Cretella Júnior (1998, p. 240) expõe que por isso “dizer-se que o ato específico, ou orgânico, do Poder Judiciário é o ato jurisdicional, cujo momento máximo é a sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau [...]”.

De Plácido e Silva (1996, apud LEITE, 2002, p. 116) acrescenta ainda que o ato jurisdicional não se traduz apenas na sentença, mas é também “todo ato emanado de autoridade judiciária, consistente de despacho, decisão ou sentença”, tudo compreendido no ato de julgar.

De seu turno, Dergint (1994) conceitua que o ato jurisdicional é o praticado pelo juiz, através de um processo, onde atua de maneira substitutiva à atividade das partes, a fim de dirimir um conflito, aplicando-se o direito material ao caso concreto. Conclui, afirmando que o ato judicial é, portanto, todo aquele praticado pelo Juiz no curso de um processo contencioso, mesmo que não possua conteúdo decisório.

2.4 Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais

Nesse âmbito é que a questão da responsabilidade do Estado torna-se bastante controversa, não obstante se admita que a atividade jurisdicional seja capaz de causar danos aos particulares, assim como as demais funções essenciais exercidas pelo Estado. É que, nesse ponto, o debate se dá quando se trata de admitir o dever estatal de indenizar o indivíduo prejudicado (LEITE, 2002).

Inicialmente, Cappelletti (1989, p. 17, grifo do autor) ressalta a ambiguidade existente no termo responsabilidade judicial afirmando que a expressão “pode significar tanto o *poder* dos juízes, quanto o seu *dever de prestação de contas* (*‘accountability’*, *‘answerability’*) no exercício de tal poder-responsabilidade.”

Ademais, acrescenta que é consequência natural o magistrado estar sujeito a sanções em razão de condutas praticadas em seu ofício, uma vez que o poder-dever que possui de exercer a função pública de julgar é disciplinado por regras e princípios próprios, os quais sendo violados devem ensejar sua responsabilidade (CAPPELLETTI, 1989).

A discussão sobre o tema, segundo o mesmo autor, acentuou-se tendo em vista o grande crescimento do Poder Judiciário, fenômeno esse que ocorreu de modo paralelo

ao crescimento dos poderes políticos dentro da concepção do Estado social ou promocional, e cujas principais razões de tal fenômeno podem ser delineadas (CAPPELLETTI, 1989).

Primeiro, a emergência do Estado Social, ou *welfare state*, caracterizada pela expansão da competência dos poderes Legislativo e Executivo gerou, por consequência, uma maior exigência do controle judiciário, de modo que o âmbito do processo cresceu além dos limites da lide privada, estendendo-se “a lides comprometedoras dos poderes políticos do Estado.” (CAPPELLETTI, 1989, p. 21).

Em segundo lugar, a expansão da função legislativa e, bem assim, o crescente volume de leis, onde, em muitas delas, é comum a imprecisão e ambiguidade de sua redação, gera a necessidade, cada vez maior, de um ativismo judicial jamais visto em outras épocas (CAPPELLETTI, 1989).

Demais disso, a grande gama de direitos sociais, criação típica do Estado Social, cujas características são de natureza essencialmente normativa, projetadas para o futuro, e que exigem, para sua realização, a constante intervenção do ente estatal. Nesse sentido, Cappelletti (1989, p. 22) expõe que:

constitui freqüente responsabilidade do juiz decidir se determinada atividade estatal, mesmo quando largamente discricional – ou a inércia, ou em geral dado comportamento dos órgãos públicos -, está alinhada com os programas prescritos, frequentemente de maneira um tanto vaga, pela legislação social e pelos direitos sociais.

Por último, o referido autor aponta a “massificação” das sociedades industriais, argumentando que assim como a economia é caracterizada pela produção, distribuição e consumo de massa, da mesma forma as relações e os conflitos têm assumido

um caráter antes coletivo do que apenas individual, aumentando, nesse passo, o próprio papel do juiz moderno (CAPPELLETTI, 1989).

Concluindo, o autor expõe que o crescimento da atuação do Judiciário na sociedade, ou seja, a concessão de uma parcela cada vez maior de poder aos juízes, aumentou o correlativo problema da responsabilidade destes, entendida, aqui, como o seu dever de prestar contas (CAPPELLETTI, 1989).

Nesse sentido, Merryman afirma o seguinte (1983 apud CAPPELLETTI, 1989, p. 18, grifo nosso):

Os juízes exercitam um poder. Onde há poder deve haver responsabilidade: em uma sociedade organizada racionalmente, **haverá uma relação diretamente proporcional entre poder e responsabilidade**. De consequência, **o problema da responsabilidade judicial torna-se mais ou menos importante, conforme o maior ou menor poder dos juízes em questão**.

Logo, esta é a inevitável conexão existente entre os dois sentidos de responsabilidade judiciária: aquela tida como poder-função e aquela responsabilidade tida como dever de prestar contas e sujeitar-se a eventuais sanções (CAPPELLETTI, 1989).

Todavia, torna-se freqüente a observação de que o poder nem sempre cresce com o correspondente aumento da responsabilidade. Sobre o tema, Cappelletti (1989, p. 18) aponta que “um poder não sujeito a prestar contas representa a patologia, [...], que, em ciência política, se pode simplesmente rotular de autoritarismo e, na sua expressão extrema, de tirania.”

Assim, num sistema de governo liberal-democrático, é fora de dúvida que deva existir uma relação de proporcionalidade entre o poder e a responsabilidade, de modo

que, necessariamente, dado o crescimento do poder devem-se aumentar os controles sobre o seu exercício (CAPPELLETTI, 1989).

2.5 Argumentos contrários à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais

Num primeiro momento a doutrina brasileira era, em sua maioria, partidária da tese de irresponsabilidade do Estado por tais atos, e teve como principais defensores Amaro Cavalcanti, Carlos Maximiliano, Carvalho Santos, Pedro Lessa, entre outros (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Porém, atualmente predomina entre os doutrinadores a tese da responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, não obstante ainda existir resistência dos Tribunais Brasileiros em reconhecer referida responsabilidade.

Os principais argumentos desenvolvidos pela corrente da irresponsabilidade são: soberania do Poder Judiciário, incontestabilidade da coisa julgada, falibilidade contingencial dos juízes, independência dos magistrados e ausência de texto legal expresso prevendo tal responsabilidade. Tais argumentos serão analisados separadamente, bem como expostas as críticas formuladas a cada um deles (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

2.4.1 Soberania do poder judiciário

Com base na soberania do Poder Judiciário sustenta-se que a função jurisdicional é uma manifestação da soberania estatal, situação esta que a coloca acima da lei.

Todavia, Dergint (1994) argumenta que a soberania é um atributo da pessoa jurídica Estado devendo ser concebida de forma una e indivisível, de modo que esta não pertence ao Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo, mas sim ao Estado.

Ademais, se assim se admitisse, o Estado também não responderia pelos atos administrativos, o que hoje não se aceita, uma vez que o Poder Executivo, assim como o Judiciário, exerce uma das funções básicas do ente estatal (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

2.4.2 Incontrastabilidade da coisa julgada

Considerada o principal argumento da tese da irresponsabilidade, a coisa julgada, vista como uma qualidade da sentença, é o que garante a segurança jurídica aos jurisdicionados e, por isso, questionar eventuais danos provenientes da atividade jurisdicional geraria grave insegurança jurídica, colocando em questão a sua própria autoridade (CRETELLA JÚNIOR, 1998; DERGINT, 1994; DIAS, 2004; DI PIETRO, 2001; LEITE, 2002).

Demais disso, uma decisão transitada em julgado traz em si a presunção da verdade, e como uma sentença declara o direito, não pode surgir dela responsabilidade exatamente por ser ela um ato conforme ao direito (DERGINT, 1994).

Por outro lado, Cappelletti (1989) expõe que o princípio da coisa julgada não se justifica por si mesmo, mas sua força está nos fins ou valores que determinado sistema jurídico busca alcançar mediante o princípio. E, no caso da coisa julgada “é geralmente reconhecido que tal fim ou valor se encontra na paz social e na certeza do direito: a decisão

judiciária [...] deve em determinado ponto dar fim ao litígio [...]” (CAPPELLETTI, 1989, p. 29).

Porém, o referido autor ressalta existir outros valores, entre eles a própria justiça, que podem conflitar com algum princípio, de modo que, deve se atentar sempre a um critério de razoabilidade, estabelecendo-se um justo equilíbrio dos valores. Tal reflexão deve ser feita, tendo em vista que os princípios jurídicos não possuem caráter absoluto (CAPPELLETTI, 1989).

Destarte, Cappelletti (1989) julga razoável limitar a responsabilidade a erros muito graves, seja de fato ou de direito. Por fim, conclui que a razão de tal prudência “não se encontra no princípio da coisa julgada enquanto tal, e sim, sobretudo, nos valores compreendidos em tal princípio – paz social e certeza – [...]” (CAPPELLETTI, 1989, p. 30).

Seguindo o mesmo raciocínio, Leite (2002) expõe que uma decisão com trânsito em julgado não traduz, necessariamente, a verdade ou a solução mais justa. Pelo contrário, caso se reconheça de maneira absoluta o instituto da coisa julgada, poderá estar encobrendo determinadas injustiças igualmente nocivas à ordem jurídica.

Nesse sentido Silva (1965 apud LEITE, 2002, p. 108) argumenta que

das duas coordenadas que bifurcam o plano jurídico, isto é, a justiça e a segurança jurídica o instituto da coisa julgada atende tão-só à segunda [...] a idéia que informa a coisa julgada deve, ao menos em casos excepcionais, ceder o lugar à idéia da justiça.

Dias (2004) sustenta que mesmo a sentença revestida do atributo da coisa julgada pode ser revisada por meio da ação rescisória, em se tratando de matéria cível, ou

mediante a revisão criminal. Logo, isto demonstra que a coisa julgada não é um obstáculo intransponível que impede a responsabilidade do Estado, “mas um mero limite a ser transposto, antes de o interessado buscar a reparação indenizatória pelo Estado, em virtude do erro por ele mesmo reconhecido.” (DIAS, 2004, p. 165).

Todavia, questiona-se que estando superado o prazo prescricional para ajuizar a ação rescisória, não haveria mais possibilidade de se obter a reparação dos danos causados por aquela decisão (LEITE, 2002; SERRANO JÚNIOR, 1996)?

Atualmente, prepondera a corrente doutrinária que admite a responsabilidade do Estado mesmo já estando prescrito o direito de ajuizar a ação rescisória.

Nesse sentido, Di Pietro (2001) aduz que a condenação do Estado a pagar indenização por dano decorrente de ato jurisdicional não implica na alteração da decisão judicial. Com efeito, esta continua a valer para ambas as partes, de modo que estas continuam vinculadas aos efeitos da coisa julgada.

Na mesma esteira de raciocínio, Dergint (1994, p. 144) argumenta que “na ação indenizatória não se busca a desconstituição da sentença lesiva e não se vinculam as mesmas partes (mas uma delas e o Estado)”, logo, conclui que a responsabilidade estatal prescinde da desconstituição do ato jurisdicional.

Igualmente, Serrano Júnior (1996, p. 139) expõe que a lide da ação indenizatória é outra, “não havendo coisa julgada entre o lesado e o Estado, pois tal pretensão não foi julgada, sendo outras as partes, outra a causa de pedir e outro o pedido”.

Portanto, não se nega o instituto da coisa julgada, mas apenas a concebe como tendo um valor relativo e que não impede uma possível responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais.

2.4.3 A falibilidade contingencial dos juízes

A partir da ideia de que os juízes são passíveis de erros ao julgarem os litígios, tem se buscado afastar a responsabilidade do Estado.

Por óbvio, é inegável que os magistrados, como todos os seres humanos, estão sujeitos a erros, porém, tal argumento não pode servir de justificativa a afastar o dever do Estado de reparar os danos decorrentes de atos jurisdicionais, haja vista que está obrigado a prestar um serviço público eficiente, incluindo aí o serviço judiciário.

Desse modo, não cabe ao jurisdicionado suportar determinados prejuízos, sendo possível, também, perquirir a responsabilidade pessoal do juiz, matéria que deverá ser examinada no âmbito do direito de regresso, uma vez que quem responde perante o jurisdicionado é o Estado e não o juiz diretamente (LEITE, 2002).

Sobre o tema Dergint (1994, p.148) conclui:

A alegada falibilidade do juiz não afasta – antes justifica – o dever do Estado de responder pelos atos judiciais danosos. Não se pode olvidar que o serviço judiciário é imposto aos indivíduos (desde que lhes vedada a justiça de mão própria) e prestado em benefício de toda sociedade, o que implica em caber não ao jurisdicionado, mas sim ao Estado-juiz assumir o risco de um eventual erro judiciário (seja na esfera penal, seja na esfera cível).

2.4.4 Independência dos magistrados

O quarto argumento aqui tratado consiste na ideia de que responsabilizar o Estado por atos judiciais afrontaria a independência dos juízes quando fossem julgar as demandas, uma vez que ficariam temerosos de que ações indenizatórias lhes fossem ajuizadas pelas partes descontentes (DIAS, 2004).

É inegável que para o juiz bem desempenhar suas funções deve se assegurar certo grau de independência em relação ao poder político, às partes e ao interesse de terceiros (DERGINT, 1994). Todavia, a independência não pode ser tida como valor absoluto a ponto de justificar a irresponsabilidade do Estado contrariando a própria noção do Estado de Direito (DERGINT, 1994; LEITE, 2002).

Nesse sentido, para Dergint (1994) deve se considerar o princípio da independência dos magistrados em comunhão com outros princípios e valores, entre os quais, o da responsabilidade democrática dos titulares do poder público perante os cidadãos.

Assim, um princípio limita, mas não anula o outro, de modo que “a irresponsabilidade judicial não pode constituir o preço a ser pago pela coletividade em troca da independência de seus juízes. Faz-se necessário um equilíbrio de valores.” (DERGINT, 1994, p. 152).

Igualmente, Cappelletti (1989) expõe que a imunidade dos magistrados não é necessariamente correlata à sua independência, uma vez que pode haver um grau alto de imunidade perante as partes, juntamente com muita “responsabilidade” em relação ao poder político.

Ademais, argumenta que a independência dos magistrados perante o Poder Executivo não configura um valor fim em si mesmo, mas sim um valor instrumental; em outras palavras, é um meio destinado a salvaguardar outro valor bem mais importante, qual seja, a imparcialidade do juiz (CAPPELLETTI, 1989).

Porém, para que realmente haja imparcialidade é necessária a existência de muitas circunstâncias favoráveis, entre as quais, a independência do juiz às pressões externas do poder político, e as pressões internas do próprio ordenamento jurídico e das partes litigantes (CAPPELLETTI, 1989).

Destarte, conclui que a problemática cinge-se, na realidade, a um problema de equilíbrio entre o valor instrumental da independência do magistrado e o valor do dever democrático de prestar contas.

Sobre o tema, Di Pietro (2001) observa que as garantias dadas aos juízes geraram a falsa ideia de sua intangibilidade, inacessibilidade e infalibilidade, algo que não é reconhecido aos demais agentes públicos. Desse modo, produziu-se o efeito de liberar o Estado da responsabilidade pelos danos injustos causados àqueles que procuram o Judiciário em busca de justiça.

Finalmente, Dias (2004) ressalta que responsabilizar o Estado pelos atos jurisdicionais preserva a independência dos juízes porquanto serve como escudo protetor contra os litigantes descontentes. Por isso que somente se busca a responsabilidade pessoal do

magistrado por meio da ação de regresso, além do que, ele deve ter agido conforme uma das hipóteses previstas no artigo 133 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973).¹¹

2.4.5 Ausência de texto legal expresso

Em razão da ausência de texto legal, sustenta-se que só se configura a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais quando houver lei que expressamente a estabeleça.

O legislador elencou que o Estado somente seria responsável nas hipóteses de erro judiciário expressamente previstas em lei, caso do artigo 622, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), que trata da revisão criminal, e aquele que ficar preso além do tempo fixado na sentença¹².

No entanto, Leite (2002) sustenta que diante do exposto no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988¹³ (BRASIL, 1988) que se constitui na norma fundamentadora da responsabilidade do Estado, o serviço judiciário também integra o conceito de serviço público.

Igualmente, Dias (2004, p. 171, grifo nosso) expõe que:

[...] a Constituição do Estado Democrático de Direito brasileiro de 1988, ancorada na teoria publicista do risco criado, fixou em seu texto o princípio geral da responsabilidade objetiva do Estado por **atos de quaisquer órgãos e agente públicos, nestes incluídos humildes servidores e excelsas autoridades, o que envolve os juízes (agentes públicos julgadores),**

¹¹ **Art. 133, do CPC** – “Responderá por perdas e danos o juiz, quando: **inc. I** – no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; **inc. II** – recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.”

¹² **Art. 5º, inc. LXXV, da CF/88** – “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.”

¹³ **Art. 37, § 6º, da CF/88**: “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

alcançando o preceito constitucional as três funções jurídicas essenciais do Estado, **não havendo razão jurídica ou lógica para se excluir de sua abrangência a função jurisdicional.**

Por sua vez, Dergint (1994) aduz que as hipóteses em que o Estado não é responsável é que deveriam ser declaradas em lei e, não ao contrário, haja vista que a responsabilidade estatal é a regra.

Não obstante nos dias atuais a maior parte da doutrina defender a responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais, esse argumento da ausência de texto expresso é um dos mais utilizados pelos Tribunais Brasileiros, conforme se vê da recente decisão do Supremo Tribunal Federal (STF/Embargos de declaração no Recurso extraordinário 553637/SP, grifo nosso):

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONVERSÃO EM AGRAVO REGIMENTAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO ESTADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. ART. 5º, LXXV, 2ª PARTE. ATOS JURISDICIONAIS. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, consoante iterativa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. **2. O Supremo Tribunal já assentou que, salvo os casos expressamente previstos em lei, a responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos de juízes.** 3. Prisão em flagrante não se confunde com erro judiciário a ensejar reparação nos termos da 2ª parte do inciso LXXV do art. 5º da Constituição Federal. 4. Incidência da Súmula STF 279 para concluir de modo diverso da instância de origem. 5. Inexistência de argumento capaz de infirmar o entendimento adotado pela decisão agravada. Precedentes. 6. Agravo regimental improvido.

3. PRISÃO CAUTELAR E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Entre as hipóteses que possam ensejar a responsabilidade do Estado pelos atos jurisdicionais, o tema da prisão cautelar talvez seja o que mais gera discussão. Tanto na doutrina quanto na jurisprudência constata-se a existência de distintos posicionamentos, sendo de admitir a responsabilidade estatal, não admitir ou, ainda, reconhecer a responsabilidade atendidas certas condições.

O debate principal refere-se à hipótese do acusado preso provisoriamente, seja em decorrência de prisão preventiva, flagrancial ou temporária, e que ao final da instrução criminal é absolvido. Estaria o Estado, como prestador exclusivo da função jurisdicional no âmbito penal, obrigado a ressarcir os danos advindos daquela prisão cautelar?

A discussão ganha relevo ao se questionar a natureza jurídica da hipótese exposta acima, em outras palavras, se esta situação é abrangida pela Constituição Federal de 1988 ao se referir ao erro judiciário, cuja previsão está no artigo 5º, inciso LXXV, do referido diploma, com a seguinte redação: “O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo estipulado na sentença.” (BRASIL, 1988).

De uma simples leitura do inciso em questão, observa-se que a Constituição não cuidou de conceituar o que seria erro judiciário, deixando tal definição a cargo do legislador ordinário, da doutrina e da jurisprudência.

Com efeito, consolidou-se o entendimento na doutrina e jurisprudência pátrias de que erro judiciário é aquela situação clássica do indivíduo condenado que, em momento posterior, se descobre a sua inocência. Tal entendimento se deu sob a alegativa do dispositivo ser a previsão constitucional do que já vinha disposto no artigo 621 e seguintes do

Código de Processo Penal, os quais se referem à ação de revisão criminal, instrumento processual cabível para se comprovar o erro judiciário bem como para se pleitear uma justa indenização pelos prejuízos sofridos.

Todavia, passou-se a exigir uma abrangência maior das hipóteses em que cabível uma justa indenização ao indivíduo, devendo ir além dos casos previstos no art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988, mormente pelo fato de que restringir-se às duas hipóteses constitucionais, segundo Delmanto Júnior (2001), deixa de abranger o maior número dos casos de prisões injustas, qual seja, a prisão cautelar seguida de sentença absolutória.

O referido autor denomina essa situação afirmando que a prisão é legal, porém injusta, e não se inclui como hipótese de erro judiciário. No entanto, a dúvida existente se o réu preso provisoriamente e absolvido tem direito à indenização perdeu totalmente o sentido com a incorporação em nosso ordenamento jurídico do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque que em seu artigo. 9º, nº 5, prevê: “Qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito a reparação.” (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 383)

Assim, a indenização é devida ao indivíduo em todas as hipóteses de absolvição, não importando qual o fundamento exposto na sentença absolutória, se por falta de prova, legítima defesa, ou estando provada a inocência do réu; o simples fato do acusado ser absolvido gera a ele o direito à indenização pelo tempo em que ficou preso cautelarmente (DELMANTO JÚNIOR, 2001).

Igualmente é o que sustenta Gomes Filho (1991) ao expor que o tempo de prisão sofrido a título cautelar é causa de reparação independente qual seja a hipótese em que o indivíduo for absolvido bem como no caso de condenação quando o tempo de pena a ser cumprida for inferior àquele que já ficou preso provisoriamente.

No mesmo sentido é o entendimento de Dergint (1994) quando afirma que a prisão preventiva, mesmo sendo lícita, não deixa de ser materialmente injusta quando o réu é absolvido ou quando é condenado por infração que não prevê sanção privativa de liberdade ou, ainda, quando a pena cominada é inferior ao tempo que o condenado permaneceu preso.

Ademais, argumenta que o acusado absolvido em razão do benefício da dúvida (*in dubio pro reo*) também deve ser indenizado haja vista que não se podem levar em conta as suspeitas que se acumulem contra o indivíduo, como fundamento para negar-lhe o direito à indenização. Por fim, conclui, ainda, que “seria contra a equidade, criarem-se duas categorias de absolvição, uma prova de inocência, a outra simples declaração de incerteza.” (DERGINT, 1994, p. 181).

Hentz (1996, p. 131, grifo nosso), posiciona-se no mesmo sentido ao afirmar que: “[...] submetido o indivíduo a prisão indevida, fará jus a indenização às custas do Estado, **não importando eventual licitude do motivo (erro na apreciação das condições de sua decretação)** ou o caráter de sua ilicitude [...]”.

Laspro (2000, apud LEITE, 2002) comunga da mesma opinião, fundamentando que nesse caso há todas as características do dever de indenizar por ato lícito, assemelhando-se ao que é permitido no âmbito da atividade administrativa estatal.

Machado (2005) sustenta que essa hipótese do réu ser absolvido no processo em que esteve preso cautelarmente está abarcada pela segunda situação prevista no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988, ou seja, quando o indivíduo fica preso além do tempo fixado na sentença. Assim, assevera que sendo absolutória a sentença, por óbvio que qualquer dia encarcerado, ocorreu excesso de prazo apto a ensejar indenização ao acusado.

Schlesinger (1999, p. 59, grifo nosso) entende no mesmo sentido de que o direito à indenização também está previsto na segunda hipótese descrita no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988, argumentando o seguinte:

[...] impondo ao Estado a obrigação de indenizar àquele que ‘ficar preso além do tempo fixado na sentença’, **estará implicitamente também assegurando ao sentenciado o direito de ser indenizado em virtude de prisão ‘sem sentença condenatória’.**

Com efeito, não se compreende que, **sendo injusta a prisão no que exceder o prazo fixado na sentença condenatória, seja menos injusta a prisão do réu que nela é mantido se ao final vem a ser julgada improcedente a denúncia pela sentença absolutória.**

Demais disso, e seguindo Delmanto Júnior (2001), Dergint (1994) e Gomes Filho (1991), Machado (2005) defende que seja qual for o caso de absolvição, sempre será devida a reparação dos prejuízos causados pela prisão cautelar, uma vez que o legislador constitucional não restringiu o direito à indenização a alguma hipótese específica do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Esse entendimento foi adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo quando do julgamento, em 13.09.1999, da Apelação Cível nº 037.029.5/6-00, em que o Desembargador Relator expôs o seguinte (TJSP/Apelação Cível 037.029.5/6-00, grifo nosso):

[...] **Desnecessário, para fins de caracterização do erro judiciário, a absolvição emergir tão-só, por força do inciso IV, do art. 386, do Código**

de Processo Penal. Note-se que o venerando acórdão, proferido pelo colendo 4º Grupo de Câmaras, do Tribunal de Alçada Criminal, assentou, com propriedade, que: ‘O conjunto probatório, portanto, longe de incriminá-lo, é bastante dividido e inseguro, concluindo-se daí que a decisão condenatória afrontou a evidência dos autos porque, como é sabido, havendo dúvidas não sanadas na instrução judicial, **a solução deve ser, obrigatoriamente, face ao nosso sistema penal, a mais favorável ao réu, incidindo no caso os arts. 386, VI, e 621, I, do CPP. Frise-se, por oportuno e finalmente, que o peticionário, a despeito de ser reincidente (...), data vênha já foi muito prejudicado com o decreto da preventiva [...]** Desútil, pois, afirmar que a r. sentença criminal ‘contém sólidos elementos de prova da autoria’, com o intuito de descaracterizar o erro judiciário e a conseqüente obrigação de indenizar [...]

Por sua vez, Moreira (1996), a despeito de considerar a hipótese aqui tratada como sendo espécie de erro judiciário, prefere utilizar o termo “prisão indevida” para classificá-lo, em razão do uso costumeiro da expressão “erro judiciário” para o caso de condenação desconstituída por revisão criminal.

Demais disso, expõe que enquanto o erro judiciário propriamente dito tem como pressuposto básico uma sentença condenatória, a medida cautelar indevida, de seu turno, está condicionada a uma sentença absolutória (MOREIRA, 1996).

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu, em julgamento ocorrido em 05.09.2002, que a hipótese tratada nesse trabalho assemelha-se ao erro judiciário previsto na Constituição Federal de 1988, conforme se observa dos trechos do voto do Ministro Relator (STJ/Recurso Especial 427.560/TO, grifo nosso):

[...] forçoso convir que a situação de o cidadão ser submetido à prisão processual e depois absolvido, **é equivalente àquela em que o Estado indeniza o condenado por erro judiciário ou pelo fato de este permanecer preso além do tempo fixado na sentença.**

Forçoso, assim, concluir, **que quando preso preventivamente o cidadão e depois é absolvido, in casu, pelo Tribunal do Júri, também se configura situação em que houve erro judiciário, sem que tenha havido condenação.**

Todavia, divergindo dos autores acima citados, Moreira (1996) defende que a existência de sentença absolutória não constitui requisito, por si só, capaz de ensejar o direito à indenização. É que, segundo o autor, sempre que se verificar, por meio de um conjunto probatório, que o réu tentou evadir-se do distrito da culpa, ameaçou testemunhas ou destruiu provas, a custódia cautelar estará plenamente justificada, ainda que o acusado seja absolvido.

Na mesma linha de raciocínio é o entendimento de Chaves (1996 apud LEITE, 2002) porquanto, nesses casos, a custódia constitui um mero exercício regular de direito cuja finalidade é assegurar não só a ordem pública e a paz social, mas também garantir a regular instrução processual.

Igualmente, Cavalieri Filho (2000) argumenta que a simples absolvição por falta de prova não enseja a responsabilidade do Estado, uma vez que tendo sido a medida decretada nos limites legais, não há qualquer ilicitude no ato, vale dizer, a decisão absolutória por falta de provas não tem o condão de, por si só, transformar o decreto preventivo em ato ilegal.

Com efeito, esse é o entendimento que tem prevalecido, atualmente, no Superior Tribunal de Justiça, conforme se deduz dos seguintes julgados (STJ/Agravo Regimental no Recurso Especial 945.435/PR e Recurso Especial 815.004/RJ, grifo nosso):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PRISÃO QUESTIONADA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. DANO MORAL. DESCABIMENTO.

I - **Tendo sido realizada a prisão dentro dos parâmetros legais**, mesmo ante a pertinência da questão afeita à falta de intimação para defesa prévia, **não há que se cogitar de teratologia do ato judicial, o que mitiga o erro do judiciário a ponto de não impor a indenização por dano moral.**

II - Recurso improvido.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO – PRISÃO TEMPORÁRIA – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – INEXISTÊNCIA – PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ – CARÁTER RELATIVO – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO – REQUISITOS DA PRISÃO TEMPORÁRIA – INDENIZAÇÃO – PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS (SÚMULA 7/STJ).

1. [...]

2. [...]

3. [...]

4. [...]

5. Ainda que assim não fosse, esta Corte tem firmado o entendimento de que a prisão cautelar, devidamente fundamentada e nos limites legais, não gera o direito à indenização em face da posterior absolvição por ausência de provas.

Na mesma esteira de entendimento, Leite (2002, p. 146, grifo nosso) afirma que:

Naturalmente, a responsabilidade também incidirá se a restrição não atendeu aos pressupostos legais, configurando, assim, um ato ilícito, cuja reparação encontra fundamento no art. 37, § 6º da Carta Magna. **No entanto, a indenização pelo só fato de a pessoa presa preventivamente vir a ser absolvida, não configurando o erro judiciário ou a ilegalidade da prisão, parece-nos ser entendimento por demais extensivo.**

Stoco (2004) defende que tais prisões têm a natureza jurídica de ‘prisão indevida por erro judicial’ o que é diferente do erro judiciário previsto no artigo 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal de 1988. Este tipo de erro, segundo o autor, decorre de sentença condenatória transitada em julgado, enquanto, ao revés, a prisão indevida não pressupõe uma decisão definitiva.

Nesse sentido, inclusive, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai da seguinte ementa (STF/Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 429.518-1/SC grifo nosso):

EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - **Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário - C.F., art. 5º, LXXV - mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido.** III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido.

Assim, exemplifica como hipóteses de prisão indevida por erro judicial, o caso das prisões temporárias ou preventivas mal decretadas e que ocorrendo elas sem que haja instauração de ação penal, as mesmas poderão, dependendo das circunstâncias, converter-se em erro judicial gerador da prisão indevida (STOCO, 2004).

Esta hipótese de prisão preventiva seguida de arquivamento do inquérito policial foi discutida pelo Supremo Tribunal Federal em julgamento ocorrido em 15.12.2009, tendo a Segunda Turma decidido pela responsabilidade civil do Estado com fundamento no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988. Eis a ementa do julgado (STF/Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 385.943/SP, grifo nosso):

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO (CF, ART. 37, § 6º) - CONFIGURAÇÃO - "BAR BODEGA" - **DECRETAÇÃO DE PRISÃO CAUTELAR, QUE SE RECONHECEU INDEVIDA, CONTRA PESSOA QUE FOI SUBMETIDA A INVESTIGAÇÃO PENAL PELO PODER PÚBLICO - ADOÇÃO DESSA MEDIDA DE PRIVAÇÃO DA LIBERDADE CONTRA QUEM NÃO TEVE QUALQUER PARTICIPAÇÃO OU ENVOLVIMENTO COM O FATO CRIMINOSO - INADMISSIBILIDADE DESSE COMPORTAMENTO IMPUTÁVEL AO APARELHO DE ESTADO - PERDA DO EMPREGO COMO DIRETA CONSEQÜÊNCIA DA INDEVIDA PRISÃO PREVENTIVA** - RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL, DE QUE SE ACHAM PRESENTES TODOS OS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELO ESTADO DE SÃO PAULO, DA ALEGADA INEXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - CARÁTER SOBERANO DA DECISÃO LOCAL, QUE, PROFERIDA EM SEDE RECURSAL ORDINÁRIA, RECONHECEU, COM APOIO NO EXAME DOS FATOS E PROVAS, A INEXISTÊNCIA DE CAUSA EXCLUDENTE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - INADMISSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS E

FATOS EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA (SÚMULA 279/STF) - DOCTRINA E PRECEDENTES EM TEMA DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - ACÓRDÃO RECORRIDO QUE SE AJUSTA À JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

Não obstante, e em conformidade com as opiniões de Cavalieri Filho (2000), Chaves (1996 apud LEITE 2002), Leite (2002) e Moreira (1996), Stoco (2004) acrescenta que tais prisões provisórias não ensejam reparação ao acusado apenas pelo fato de ele ser absolvido, pois “preenchidas as condições da lei e revestida a prisão de legalidade estrita, não há como vislumbrar direito de reparação” (STOCO, 2004, p. 1038) apenas porque a custódia não se converteu em definitiva pela condenação, vale dizer, como as medidas cautelares são expressamente previstas em lei, elas não se transformam em ato ilícito com a absolvição daquele que as sofreu (STOCO, 2004).

Para sustentar seu posicionamento, aduz, ainda, o seguinte (STOCO, 2004, p. 1038):

O dia em que a prisão cautelar ou qualquer outra medida for considerada como erro judicial ou judiciário apenas em razão da absolvição do suspeito, indiciado ou acusado, todo o arcabouço e o sistema jurídico-penal estarão abalados e irremediavelmente desacreditados.

[...]

O Direito Positivo, expresso na lei processual penal, perderá efetividade e se instalará o medo e se fomentará e incentivará a criminalidade. Não haverá segurança jurídica para a sociedade, nem mesmo para o aplicador da lei.

Stoco (2004) expõe que uma custódia cautelar configura-se prisão indevida quando ela se dá em desobediência à realidade fática e aos requisitos formais, ou ocorre de forma ilegítima e abusiva. Nesse sentido, aduz que esta converte-se em ilícita, podendo ensejar reparação, quando faltar fundamentação que demonstre a completa inadequação da

custódia, abuso de autoridade, descumprimento da lei, erro inescusável ou, ainda, vício que contamine o ato de constrição e de restrição da liberdade. Nestes casos, portanto, conclui que a prisão indevida é motivo para a reparação assim como o é no erro judiciário e no excesso de prisão, seja ela cautelar ou em razão de sentença condenatória com trânsito em julgado.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, entendeu que mesmo que uma prisão preventiva tenha sido decretada dentro dos parâmetros legais, mas o acusado permaneceu custodiado por prazo excessivo e ao final foi absolvido, transforma-se em ilegal e gera ao Estado o dever de indenizar. No voto condutor do acórdão o Ministro Luiz Fux consignou o seguinte (STJ/Recurso Especial 872.630/RJ, grifo nosso):

O cerceamento oficial da liberdade fora dos parâmetros legais, posto o recorrente ter ficado **custodiado 741 (setecentos e quarenta e um) dias**, lapso temporal amazonicamente superior àquele estabelecido em Lei – 81 (oitenta e um) dias – **revela a ilegalidade da prisão.**

A coerção pessoal que não enseja o dano moral pelo sofrimento causado ao cidadão é aquela que lastreia-se nos parâmetros legais [...]

A contrario sensu, **empreendida a prisão cautelar com excesso expressivo de prazo, ultrapassando o lapso legal em quase um décuplo, restando, após, impronunciado o réu, em manifestação de inexistência de autoria, revela-se inequívoco o direito à percepção do dano moral.**

Por fim, Delmanto Júnior (2001) e Machado (2005) vão um pouco mais além do que outros autores e defendem que todo indivíduo posto em liberdade por uma decisão concessiva de ordem de *habeas corpus* terá direito à justa indenização, haja vista este remédio constitucional servir para sanar violência ou coação na liberdade de ir e vir, por ilegalidade ou abuso de poder, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988.¹⁴

¹⁴ **Art. 5º, inciso LXVIII, da CF/88:** conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse sentido, Machado (2005, p. 262) sustenta que mesmo nos casos de condenação é cabível também a indenização quando através de *habeas corpus* “se obtém o relaxamento da prisão cautelar que se mostrou ilegal, injusta ou desnecessária.”

Por sua vez, Delmanto Júnior (2001, p. 390, grifos do autor) argumenta que nos termos do artigo 647 e seguintes do Código de Processo Penal, a prisão provisória que for revogada por meio de *habeas corpus* significa que o indivíduo sofreu um constrangimento ilegal, gerando a ele “**por via reflexa, e por imperativo lógico, direito a uma justa indenização.**”

Com efeito, termina concluindo que (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 390, grifos do autor):

[...] para haver direito à indenização, basta que a prisão esteja em desacordo com o ordenamento legal, ou, então, embora formal e aparentemente em consonância com este, seja ela objeto de concessão de ordem de **habeas corpus** por se entender que, **já na ocasião da sua efetivação, os seus fundamentos não subsistiam.**

3.1. Fundamentos legais ao direito à indenização

O direito à indenização por atos jurisdicionais, mormente os que geram a prisão indevida, objeto do presente trabalho, está fundamentado em dispositivos constitucionais, na legislação civil vigente e em tratado de direito internacional que o Brasil é signatário.

O artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), segundo os autores que defendem a responsabilidade do Estado nas prisões cautelares, é o fundamento básico do direito à indenização, pois expressa que a responsabilidade civil do Estado é de ordem objetiva, logo, independe de culpa por parte do agente público.

Machado (2005, p. 263) ressalta que o dispositivo em questão possui plena aplicação aos atos do Poder Judiciário uma vez que não faz distinção quanto aos atos praticados “em qualquer nível e por qualquer um dos poderes, Legislativo, Executivo e também Judiciário.”

O referido autor refere-se, ainda, à redação do artigo 954, parágrafo único, do Código Civil¹⁵ (BRASIL, 2002), expressa em reconhecer o direito à justa indenização àquele que sofrer os danos de prisão ilegal (MACHADO, 2005).

Moreira (1996) lembra que ao Estado cabe, também, utilizar-se da ação regressiva contra o agente público responsável pelos danos. Todavia, esclarece que nesse ponto a responsabilidade é subjetiva em relação ao agente, ou seja, este somente deverá responder caso tenha agido com culpa ou dolo, matéria essa prevista no artigo 133 do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973) e artigo 49, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (Lei Complementar nº 35/79)¹⁶ (BRASIL, 1979).

Ainda assim, ressalta o referido autor, ao cidadão lesado independe ter o magistrado agido com culpa ou não, uma vez que seu direito à indenização surge em função da responsabilidade objetiva do Estado (MOREIRA, 1996).

¹⁵ **Art. 954 do CC/2002:** A indenização por ofensa à liberdade pessoal consistirá no pagamento das perdas e danos que sobrevierem ao indivíduo, e se este não puder provar prejuízo, tem aplicação o disposto no parágrafo único do artigo antecedente. **Parágrafo único:** Consideram-se ofensivos da liberdade pessoal: I – o cárcere privado; II – a prisão por queixa ou denúncia falsa e de má-fé; III – a prisão ilegal.

¹⁶ **Art. 49, da Lei 35/79** - Responderá por perdas e danos o magistrado, quando: I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude; II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar o ofício, ou a requerimento das partes.

Destarte, conclui que uma coisa é a responsabilidade do Estado pelos atos de seus agentes e outra é a responsabilidade pessoal do magistrado, que se restringe aos casos em que pratique o ato lesivo com dolo ou culpa (MOREIRA, 1996).

No mesmo sentido é o que expõe Schlesinger (1999, p.63), ao afirmar que “[...]não há confundir responsabilidade do Estado, pelo erro, com a responsabilidade do juiz, esta sempre subsidiária e restrita às hipóteses de dolo, fraude, culpa grave e inaptidão [...]”

Sobre o tema, o Ministro Mauro Campbell Marques proferiu decisão monocrática expondo o seguinte (STJ/Recurso Especial 918.365/CE, grifo nosso):

[...] a fraude ou o dolo do magistrado não se evidencia apenas com a sentença absolutória por negativa de materialidade ou autoria.

Isso porque as prisões processuais não possuem caráter sancionador pois visam, na verdade, dar garantia. Ou seja, as prisões processuais servem para tornar certa a aplicabilidade da decisão final. Desse modo, **presentes os requisitos dessas prisões, deve o magistrado aplicá-la, mesmo sabendo que exista a possibilidade de absolvição do réu.**

Moreira (1996) lembra também do artigo 5º, inciso LIV, da CF/88¹⁷ (BRASIL 1988), que trata do devido processo legal, princípio garantidor de que ninguém será privado de sua liberdade sem um processo em que seja observada a ampla defesa e o contraditório, permitindo ao réu que permaneça em liberdade até o julgamento definitivo (MOREIRA, 1996).

¹⁷ **Art. 5º, inciso LIV, da CF/88** - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

De igual importância, Moreira (1996) ressalta o inciso X do artigo 5º, da CF/88¹⁸ (BRASIL, 1988), o qual garante expressamente o direito à indenização pelo dano moral e material que viole a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

Não há dúvida de que aplicada uma prisão indevida, o indivíduo sofre danos de ordem moral em sua honra e imagem perante a coletividade, e, também, de ordem material, pelos dias que, segregado indevidamente, deixou de trabalhar, perdeu o emprego, ou seja, causando-lhe prejuízos de natureza patrimonial (MOREIRA, 1996).

Como já dito, Delmanto Júnior (2001) encontra, ainda, fundamento para a responsabilidade do Estado, no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, de patamar constitucional, e que em seu artigo 9º, nº 05, trata do direito à indenização ao indivíduo que sofra qualquer espécie de segregação ilegal.

Dessa forma, argumenta que se ainda existia alguma dúvida quanto à essa hipótese de responsabilidade, a norma interna restou ampliada, pois o Pacto **“passou a abranger, sem dúvida, toda e qualquer prisão configuradora de constrangimento ilegal, e não somente aquela fruto de comprovado erro judiciário, proferida em sede de revisão criminal.”** (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 385, grifos do autor).

Por fim, conclui o autor que “se o art. 5º, LXXV, e o art. 37, § 6º, da Constituição da República parecem esquecer os abusos atinentes à prisão provisória, o referido art. 9º, nº 5, do Pacto de Nova Iorque impôs um ponto final a essa questão.” (DELMANTO JÚNIOR, 2001, p. 385).

¹⁸ **Art. 5º, inciso X, da CF/88** - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Por sua vez, Hentz (1996) destaca que a natureza do dano advindo de privação ilegal da liberdade não se restringe apenas às duas tradicionais modalidades de dano quais sejam o de natureza moral e material, uma vez que o dano é, sobretudo, de caráter pessoal e surge como consequência do simples ferimento do direito de liberdade.

Destarte, sofre um prejuízo especial o cidadão que tem privada sua liberdade de maneira injusta, caracterizando-se, assim, o dano pessoal, que pela sua natureza, dispensa a análise de resultado concreto, sendo a lesão, neste caso, presumida. Em outras palavras, basta que alguém tenha sua liberdade restringida indevidamente que o Estado tem o dever de indenizar (HENTZ, 1996).

Para esse autor, o Estado, ao possibilitar o uso de prisão cautelar, assume riscos de que tal medida se mostre desnecessária caso haja a absolvição do réu. Assim, a responsabilidade estatal surge em face da ideia de que toda a coletividade arcará com os encargos sofridos pelo acusado, para que este não sofra sozinho o dano ocasionado pelo serviço coletivo (HENTZ, 1996).

Ainda na tese do dano pessoal, Hentz (1996) também sustenta que é dispensável a aferição do nexo causal entre a conduta do agente público e o dano sofrido pelo particular na prisão indevida. Tal ideia é consequência da natureza impositiva do dano pessoal, de caráter sancionatório em razão da prisão cautelar imposta sem correspondência com a sentença que a legitimaria. Nesse sentido, tanto o dano quanto a responsabilidade dele decorrente são de ordem objetiva.

CONCLUSÃO

No presente trabalho levantou-se a questão específica da responsabilidade do Estado quando aplica uma prisão cautelar ao indivíduo, que, todavia, ao final é absolvido.

As medidas cautelares são utilizadas com a finalidade precípua de garantir a efetividade do processo principal. Porém, na hipótese de absolvição do acusado preso cautelarmente, o seu encarceramento antecipado era realmente necessário à efetividade do processo? A simples ocorrência de absolvição enseja a responsabilidade civil do Estado e, por conseguinte, seu dever de indenizar?

Para o exame do tema, analisou-se historicamente a evolução do instituto da responsabilidade civil do Estado onde inicialmente não se admitia que o ente estatal fosse responsabilizado por seus atos danosos até a fase atual de responsabilizar o Estado por seus atos danosos, independente de culpa do agente público, admitindo-se, porém, a exclusão da responsabilidade no caso da vítima ter concorrido para o resultado lesivo.

No Brasil a teoria da responsabilidade do Estado sempre foi admitida, passando por uma evolução da ideia de responsabilidade subjetiva, até a tese hoje aplicada da responsabilidade objetiva, na modalidade do risco administrativo.

Todavia, em relação aos atos jurisdicionais danosos, ainda há debate na jurisprudência e doutrina acerca da responsabilidade estatal. A corrente que não admite o Estado ser responsável baseia-se principalmente nos argumentos da soberania do Poder Judiciário, a imutabilidade da coisa julgada e a ausência de texto expresso prevendo a responsabilidade estatal por tais atos.

Por sua vez, os autores que defendem a responsabilidade do Estado infirmam os argumentos da corrente pela irresponsabilidade do Estado, fundamentando, principalmente, na redação do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a responsabilidade objetiva do Estado no Direito Brasileiro sem restringir a atos específicos e utilizando, inclusive, o termo genérico de “agentes públicos”.

A Constituição Federal prevê indenização nos casos de erro judiciário, quando o cidadão é condenado e depois se descobre que é inocente, e quando um indivíduo permanece mais tempo encarcerado do que o previsto na sentença.

Todavia, boa parte da doutrina entende que estes não são os únicos casos que o Estado deva indenizar, tendo em vista existirem diversas prisões ilegais no Brasil, mormente o uso abusivo das prisões cautelares.

Para alguns autores, a prolação de uma sentença absolutória, por si só, denota que a prisão cautelar foi aplicada indevidamente, não tendo relevância por qual fundamento o réu absolvido.

Em sentido contrário, a outra corrente sustenta que havendo uma absolvição, deve-se analisar se realmente a prisão aplicada durante o processo foi indevida, mediante o exame da existência, ou não, dos pressupostos declinados pelo magistrado quando da decretação do encarceramento cautelar, sendo esse posicionamento que atualmente prevalece no Superior Tribunal de Justiça.

Por fim, sendo indevida a prisão cautelar, os autores defendem a total possibilidade do Poder Público em indenizar os indivíduos, fundamentando tal posicionamento com base nos dispositivos constitucionais, como o artigo 5º, incisos X, LIV,

LXXV, artigo 37, § 6º, artigo 954, do Código Civil de 2002 e artigo 9º, nº 05, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de Nova Iorque, mormente pelo fato de que é inegável os danos emergentes, de natureza material, moral e pessoal, no caso de prisão cautelar seguida de absolvição do réu.

REFERÊNCIAS

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Processo penal cautelar*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

BRASIL, *Decreto-Lei Nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 de março de 2010.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 de março de 2010.

BRASIL. *Lei Nº 10.406*, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 05 de abril de 2010.

BRASIL. *Lei Nº 5.869*, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 16 de junho de 2010.

BRASIL. *Lei Nº 35*, de 14 de março de 1979. Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp35.htm>. Acesso em: 20 de agosto de 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes irresponsáveis?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1989.

CARNELUTTI, Francesco. *Lecciones sobre el proceso penal*. Trad. Santiago Santis Melendo. Buenos Aires: Bosch, 1950, v. 2.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CHAVES, Rogério Marinho Leite. Responsabilidade do Estado por ato judicial. *Lex – jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais*. São Paulo, ano 8, n. 86, p. 9-20, outubro 1996.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *O Estado e a obrigação de indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. *As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DERGINT, Augusto do Amaral. *Responsabilidade do Estado por atos judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 3. ed. São Paulo: RT, 2002.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Indenização da Prisão Indevida: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 1996.

KARAM, Maria Lúcia. *Liberdade, presunção de inocência e prisões provisórias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LASPRO, Oreste Nestor de Souza. *A responsabilidade civil do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Responsabilidade do Estado por atos jurisdicionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima. Fundamento, Requisito e Princípios Gerais das Prisões Cautelares. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: fevereiro, v. 748, 1998, p. 449-467.

MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Sistema Prisional*. Brasília, 2009. Disponível em <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRIE.htm>>. Acesso em: 20 de setembro de 2010.

MOREIRA, David Alves. *Prisão Provisória: Medidas Cautelares de natureza pessoal no processo penal: da sua indevida aplicação, consequências e fundamentos à sua reparação*. 1. ed. Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

RIZZARDO, Arnaldo. *Parte Geral do Código Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SCHLESINGER, Patsy. *Responsabilidade Civil do Estado por ato do juiz*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1999.

SERRANO JÚNIOR, Odone. *Responsabilidade civil do Estado por atos judiciais*. Curitiba: Juruá, 1996.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Juary C. *Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais*. RT: São Paulo, 1965.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: com comentários ao Código Civil de 2002*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. AgRg no REsp nº 945435. Ementa [...] Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 815004. Ementa [...] Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Relator. p/ Acórdão Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 12/09/2006, DJ 16/10/2006 p. 309.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 1ª Turma. REsp nº 427560. Ementa [...] Relator: Ministro LUIZ FUX, julgado em 05/09/2002, DJ 30/09/2002 p. 204.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. HC nº 42942. Ementa [...] Relatora: Ministra LAURITA VAZ, julgado em 14/06/2005, DJ 01/08/2005 p. 500.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 2ª Turma. EDcl no REsp nº 827630. Ementa [...] Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 24/11/2009, DJe 17/12/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Decisão Monocrática. REsp nº 918365. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 30/03/2009.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE nº 429518 AgR. Ementa [...] Relator(a): Ministro CARLOS VELLOSO, julgado em 05/10/2004, DJ 28-10-2004 PP-00049 EMENT VOL-02170-04 PP-00707 RTJ VOL 00192-02 PP-00749 RDDP n. 22, 2005, p. 142-145.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE nº 385943 AgR. Ementa [...] Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 15/12/2009, DJe-030 DIVULG 18-02-2010 PUBLIC 19-02-2010 RT v. 99, n. 895, 2010, p. 163-168.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 98233. Ementa [...] Relator(a): Ministro EROS GRAU, julgado em 06/10/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-03 PP-00488 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 422-428.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. HC nº 95464. Ementa [...] Relator(a): Ministro CELSO DE MELLO, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466 RTJ VOL-00209-01 PP-00323.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2ª Turma. RE nº 553637 ED. Ementa [...] Relator(a): Ministra ELLEN GRACIE, julgado em 04/08/2009, DJe-181 DIVULG 24-09-2009 PUBLIC 25-09-2009 EMENT VOL-02375-06 PP-01629.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 7ª Câmara. Apelação Cível nº 037.039.5/6-00. Ementa [...] Relator: Desembargador SÉRGIO PITOMBO, julgado em 13/09/1999. Disponível em: <www.tjsp.jus.br> Acesso em: 10 de agosto de 2010.

VARGAS, José Cirilo de. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

VILELA, Alexandra. *Considerações acerca da presunção de inocência em direito processual penal*. Lisboa: Coimbra, 2000.

WEDY, Miguel Tedesco. *Teoria Geral da Prisão Cautelar e Estigmatização*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*. 6. ed. Milão: Dott A. Giuffrè, 1952.